JUSTICIA Y DERECHO

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

Vol. 20, No. 36
Julio-diciembre 2023

EDICIÓN ESPECIAL

DEDICADA AL ANIVERSARIO 50 DEL SISTEMA DE TRIBUNALES

TRIBUNAL SUPREMO POPULAR
REPÚBLICA DE CUBA

ISSN 1810-0171(Impresa)
RNPS 0504

Esta obra se publica bajo la licencia
de reconocimiento/atribución
no comercial *creative commons* 4.0.

Director Rubén Remigio Ferro
Coordinadora general Maricela Sosa Ravelo
Editora principal Aymee Fernández Toledo
Editora de sección Daylín Gozá Valdés
Editora de sección Maryla Anna Pérez Bernal
Corrector Juan Ramón Rodríguez Gómez
Diseño y composición Moroño

Justicia y Derecho
Publicación semestral
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023

ISSN (Edición impresa): 1810-0171

RNPS: 0504

TRIBUNAL SUPREMO POPULAR
Aguiar 367, e/ Obispo y Obrapía,
La Habana Vieja, La Habana, Cuba.

(53) 786 98839
revistajd.tsp.gob.cu
revistajd@tsp.gob.cu

ÍNDICE

NOTA EDITORIAL

EN MARCHA ..... / 10

REFLEXIÓN Y SOCIALIZACIÓN

NUEVOS RETOS DE LA JUSTICIA FAMILIAR: ADOPCIÓN Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA
New challenges for family justice: adoption and financial compensation
Dra. Ana María Álvarez-Tabío Albo ..... / 13

DIÁLOGO ENTRE GÉNERO, EMPLEO, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
Dialogue among gender, employment, equality and non-discrimination
Dra. Arlen Jahoska Cuadra Núñez ..... / 41

JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: APUNTES PARA UN ENFOQUE NECESARIO
Judging with a gender perspective: Notes for a necessary approach
Esp. Maryla Anna Pérez Bernal ..... / 63

VIOLENCIA DE GÉNERO: ENTRE VIGILAR Y CASTIGAR
Gender violence: Between watch and punish
Dra. Arlín Pérez Duharte ..... / 84

TRATAMIENTO JURÍDICO A LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL
Legal treatment of minors in conflict with the criminal law
M.Sc. Odalys Quintero Silverio ..... / 108

LA CAPACIDAD JURÍDICA CIVIL EN EL NUEVO MODELO PROCESAL
The civil legal capacity in the new procedural model
M.Sc. Kenia María Valdés Rosabal ..... / 123

APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES
Judicial application of international treaties
Esp. José Miguel Reyes Morales ..... / 156

UN RÉGIMEN CAUTELAR PARA LAS PERSONAS Y LAS FAMILIAS
A precautionary regime for persons and families
Dra. Ivonne Pérez Gutiérrez ..... / 174

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN EL CONTEXTO MERCANTIL
The prescription of the action in the commercial context
Lic. Alina Bielsa Palomo ..... / 198

CONFIGURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DESDE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL
Configuration of the common administrative procedure from the judicial interpretation
Dra. Orisell Richards Martínez, M.Sc. Yomays Olivarez Gainza ..... / 215

LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL TRABAJO: ACIERTOS E IMPERFECCIONES
The solution of labor conflicts: successes and imperfections
M.Sc. Aymee Fernández Toledo ..... / 239

LA DOBLE CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL ACTUAL
Double compliance in today's criminal proceedings
Dra. Maricela Sosa Ravelo ..... / 270

LA APELACIÓN EN EL PROCESO PENAL CUBANO
The appeal in the cuban criminal process
Dr. Aldo Machado Álvarez ..... / 290

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN FUNCIÓN DEL DEBIDO PROCESO
Execution of sentences based on due process of law
M.Sc. Raiza López Varona, M.Sc. Isabel Inés Arredondo Suárez ..... / 319

LA SUBASTA JUDICIAL EN CUBA
The Judicial Auctions in Cuba
Esp. Liliana Hernández Díaz ..... / 337

PRECISIONES ACERCA DE LA LEY DE EJECUCIÓN PENAL
Precisions about the Criminal Execution Law
Esp. Jesús Ramón García Ruiz ..... / 353

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCESO PENAL
The effective judicial protection in criminal proceedings
Esp. Félix Antonio Casas Zayas ..... / 387

DIÁLOGO NECESARIO EN CLAVE DE CONCILIACIÓN
Necessary dialogue in terms of conciliation
M. Sc. Ana Yuly Mojena González ..... / 408

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

EL MODELO ACTUAL DE JUEZ: PAUTAS TEÓRICAS Y FILOSÓFICAS
The current model of judge: Theoretical and philosophical guidelines
Dr. Luis Alberto Hierro Sánchez ..... / 430

EL «DEBER DE CUIDADO OBJETIVO»: MIRADA DOCTRINAL PERTINENTE PARA CUBA
The «objective duty of care»: A doctrinal overview relevant to Cuba
Dra. Mayda Goite Pierre, Dra. Mónica Palencia Núñez ..... / 468

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: UN ANTES Y UN DESPUÉS
The principle of opportunity: A before and after
Dra. Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez ..... / 502

ENTORNO

DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL FRANCÉS
Rights and guarantees in the french criminal process
Dra. Christine Saunier-Ruellan ..... / 537

TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL ACTUAL A LA VÍCTIMA
Current criminal legal treatment of the victim
M.Sc. Ileana Gómez Guerra ..... / 551

SANCIONES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL FIN PREVENTIVO A DEBATE
Penaltys applicable to legal entities: The preventive purpose under debate
M.Sc. Nilson Poveda Buitrago, Dra. Mayda Goite Pierre ..... / 566

APROXIMACIÓN AL NUEVO PROCESO PENAL MILITAR
Comments on the new military criminal process
Esp. Roselia Reina Batlle ..... / 583

JUSTICIA RESTAURATIVA Y DIVERSIFICACIÓN JUDICIAL EN CONTEXTO
Restorative justice and judicial diversion in context
Dra. Ángela Gómez Pérez ..... / 597

LA SANCIÓN PECUNIARIA POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ECONÓMICO-CONTRACTUAL
The pecuniary sanction for non-fulfilment of an economic contractual obligation
Esp. Alina Antúnez Rodríguez ..... / 622

LA CORRUPCIÓN DE MENORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL
The crime of corruption of minors in the national legal system
Daniel Alejandro Corrales Ponce ..... / 639

ÍNDICE GENERAL 2003-2023
General index 2003-2023
Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez ..... / 656

SIGLAS Y ABREVIATURAS

Las denominaciones de las disposiciones normativas que se citan en *Justicia y Derecho* se corresponden con las reglas de uso del idioma español.

AG-ONU: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.
AGR: Aduana General de la República.
ALCORCA: Apoyo a la lucha contra el crimen organizado en la región del Caribe.
ANPP: Asamblea Nacional del Poder Popular.
CADH: Convención americana de derechos humanos.
CC: Código civil.
CDN: Convención internacional de los derechos del niño.
CDO: Centro de diagnóstico y orientación.
CDS: Código de defensa social.
CEAOM: Centro de evaluación, atención y orientación a menores.
CEDAW: Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
CEDH: Comisión Europea de Derechos Humanos.
CEJ: Código de ética judicial.
CELAC: Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños.
CENDIJ: Centro Nacional de Documentación e Información Judicial.
CF: Código de familia.
CFS: Código de las familias.
CGR: Contraloría General de la República.
CIDPD: Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad.
CIF: Clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud.
CNDHM: Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México.
CP: Código penal (derogado).
CPE: Código penal (vigente).
CPM: Código penal militar (derogado).
CPEM: Código penal militar (vigente).
CPR: Código de procesos.
CRC: Constitución de la República de Cuba.
CT: Código de trabajo.
DO-UE: Diario Oficial de la Unión Europea.
DP: Diligencia(s) preliminar(es).
DUDH: Declaración universal de derechos humanos.
ECOSOC: Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas.
FAR: Fuerzas Armadas Revolucionarias.
FDJ: Formas de diversificación judicial.
FGR: Fiscalía General de la República.
FMC: Federación de Mujeres Cubanas.
FMP: Fiscalía Militar Principal.
GAFI: Grupo de Acción Financiera Internacional.
GM: Gaceta de Madrid.
GOR-E: Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria.
GOR-EE: Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición especial.

GOR-EES: Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria especial.
GOR-O: Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria.
GORV-O: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, edición ordinaria.
ILANUD: Instituto Latinoamericano de Naciones Unidad para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.
ISN: Interés superior del niño.
ISO: *International Standarization Organization* (Organización Internacional de Estandarización/ Normalización).
JR: Justicia restaurativa.
LEC: Ley de enjuiciamiento civil.
LECrim: Ley de enjuiciamiento criminal.
LEP: Ley de ejecución penal.
LGBTIQ+: Personas lesbianas, *gays*, bisexuales, transgénero, intersexuales, *queer* y todas las demás con orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales diversas, que se identifican a sí mismas con otros términos.
LGV: Ley general de la vivienda.
LPA: Ley del proceso administrativo.
LPADECO: Ley del proceso de amparo de los derechos constitucionales.
LPCA: Ley de procedimiento civil y administrativo.
LPCAL: Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral.
LPCALE: Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico.
LPP: Ley de procedimiento penal.
LPPM: Ley procesal penal militar.
LPRP: Ley del proceso penal.
LPRPM: Ley del proceso penal militar.
LTJ: Ley de los tribunales de justicia.
LTM: Ley de los tribunales militares.
MASC: Métodos alternos de solución de conflictos.
MC: Medida(s) cautelar(es).
MINED: Ministerio de Educación.
MININT: Ministerio del Interior.
MINJUS: Ministerio de Justicia.
MINSAP: Ministerio de Salud Pública.
MT: Ministerio del Trabajo.
MTSS: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
NC: Norma cubana.
NNA: Niño(s), niña(s) y adolescente(s).
OACE: Organismos de la Administración Central del Estado.
OACNU: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas.
8-CPDTD: 8.º Congreso sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.
OIT: Organización Internacional del Trabajo.
OJEPB: Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia.
OJL: Órgano(s) de Justicia Laboral.
OMS: Organización Mundial de la Salud.
ONBC: Organización Nacional de Bufetes Colectivos.
ONU: Organización de Naciones Unidas.
PAcCTO: Programa de asistencia contra el crimen transnacional organizado.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

PAM: Programa para el adelanto de las mujeres.
PD: Persona(s) con discapacidad.
PIDCP: Pacto internacional de derechos civiles y políticos.
PIDESC: Pacto internacional de derecho económicos, sociales y culturales.
PNR: Policía Nacional Revolucionaria.
PSD: Persona(s) en situación de discapacidad.
PSV: Persona(s) en situación de vulnerabilidad.
RAE: Real Academia Española.
RLTJ: Reglamento de la Ley de los tribunales de justicia.
RLTM: Reglamento de la Ley de los tribunales militares.
RSFSR: República Socialista Federativa Soviética de Rusia.
SAE: Sistema de Arbitraje Estatal.
SGC: Sistema de Gestión de la Calidad.
SJL: Sistema de Justicia Laboral.
SNE: Sistema Nacional de Educación.
ST: Sistema de Tribunales.
STJ: Sistema de Tribunales de Justicia.
S-TSE: Sentencia del Tribunal Supremo de España.
S-TSP: Sentencia del Tribunal Supremo Popular.
SV: Situación de vulnerabilidad.
TI: Tratados internacionales.
TIC: Tecnología(s) de la información y la comunicación.
TJE: Tutela judicial efectiva.
TMP: Tribunal(es) Municipal(es) Popular(es).
TMR: Tribunal(es) Militar(es) de Región.
TMT: Tribunal(es) Militar(es) Territorial(es).
TPP: Tribunal(es) Provincial(es) Popular(es).
TSJ: Tribunal Supremo de Justicia.
TSJCM: Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.
TSP: Tribunal Supremo Popular.
UE: Unión Europea.
UNAM: Universidad Nacional Autónoma de México.
UNASUR: Unión de Naciones Suramericanas.
V-P: Víctima(s) o perjudicado(s).

NOTA EDITORIAL

EN MARCHA

RUBÉN REMIGIO FERRO
Director de *Justicia y Derecho*

Dos aniversarios cerrados —trascendentes para los órganos de justicia de la isla— marcan el nacimiento de una auténtica descendiente de la revista *Justicia y Derecho*: su edición *online*, hija y heredera de su progenitora, que vio la luz en 2003 con una motivación extendida en el tiempo, hasta ahora, para continuar como «[...] la materialización de un viejo anhelo, y la satisfacción de una impostergable necesidad de quienes, de una forma u otra, estamos relacionados con la actividad judicial en Cuba», al decir del entonces, y actual, presidente del Tribunal Supremo Popular (TSP), en sus palabras iniciales a los lectores.

La bisoña criatura conoce que su precursora, ahora veinteañera, vino al mundo cuando, nacionalmente, se celebraban 30 años de que emprendiera su marcha el ahora cincuentenario Sistema de Tribunales (ST), acontecimiento y conmemoración a los que se dedica esta primera entrega de la edición *on line* que, de la mano de su predecesora, llega como el número 36 del volumen 20, o *20*(36), como establecen las Normas APA, una pauta fundamental para las citas y referencias, que se incorpora cual novedad a la nueva época de *Justicia y Derecho*.

No tanto extenso como intenso ha sido el camino recorrido desde que, a fines de 2019 —en medio de conocidas contingencias desfavorables—,

se inició el empeño por incorporar esta publicación al entorno digital de la contemporaneidad, a partir de una plataforma especialmente concebida para procesos editoriales en línea.

Gracias al asesoramiento y adiestramiento del Instituto de Información Científica y Tecnológica (IDICT), adscripto al CITMA; el esfuerzo emprendido por múltiples directivos, magistrados y especialistas del máximo órgano judicial cubano; la contribución de académicos y otros profesionales del Derecho, cubanos y extranjeros; y la acogida a la convocatoria para presentar textos destinados a sus diferentes secciones, se ven fructificar hoy las aspiraciones de entonces, mediante esta primera muestra, que centra su contenido en la reforma legislativa, en cuya materialización el ST en general, y el TSP en particular, marcaron una impronta indeleble.

Todos estos elementos convierten a la presente edición en especial, como especial es que marque un punto de partida y, a la vez, constituya la continuidad de un proceso iniciado dos décadas atrás —la inclusión aquí del índice general de *Justicia y Derecho*, durante sus 20 años de vida, representa un buen eslabón de enlace entre ambas—; y, también, ratifica aquella condición el hecho de proponerse (y lograr) una arrancada con la duplicación de la cifra numérica de textos que verán la luz semestralmente, a partir de ahora.

Satisface conocer que ningún esfuerzo fue baldío hacia la consecución de este proyecto, convencidos de que abre un nuevo espacio para la información y reflexión, el análisis y debate, a partir del tratamiento científico de asuntos medulares asumidos desde la práctica sistemática en la impartición de justicia, o relativos a ella.

Por eso, se invita a todos aquellos que se interesan en los temas convocados a que se inserten en la plataforma OJS de la revista *Justicia y Derecho on line*, y hagan llegar sus contribuciones al Consejo Editorial de esta, con la convicción de que la mayoría de ellas estarán a disposición de los lectores en las próximas ediciones.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

REFLEXIÓN Y SOCIALIZACIÓN

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN, ORIGINALES E INÉDITOS, Y OTROS TIPOS DE COLABORACIONES CIENTÍFICAS

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Julio 4, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

NUEVOS RETOS DE LA JUSTICIA FAMILIAR: ADOPCIÓN Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA

NEW CHALLENGES FOR FAMILY JUSTICE: ADOPTION AND FINANCIAL COMPENSATION

Dra. Ana María Álvarez-Tabío Albo

Profesora titular, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana, Cuba

Código ORCID: 0000-0002-4822-5730

anamariatabio@gmail.com

Resumen

La vigencia del Código de las familias demanda la actuación de los tribunales y de quienes los conforman, a partir de la nueva visión que, en clave de derechos y con perspectiva absolutamente renovadora, deben imprimir a los asuntos que se mantienen en su ámbito de competencia, y las novedades que se les incorporan, en todo caso, con una perspectiva y alcances completamente novedosos, y una proyección en su afrontamiento que se modifica raigalmente. En este punto radica la clave del éxito: En mirar los temas que tradicionalmente han sido del conocimiento judicial con un prisma de mayores y más elevadas proyecciones y dimensiones. Es el caso de la adopción, en general, y de su variante integrativa en particular, al igual que el de la compensación económica, como forma de conceder verdadero valor económico al trabajo doméstico y de cuidados, una vez que se produce el divorcio o la separación de la pareja de hecho afectiva.

Palabras clave: Código de las familias; tribunales; adopción; compensación económica.

Abstract

The validity of the Family Code demands the action of the courts and those who make it up, based on the new vision that, in terms of rights and with an absolutely renewing perspective, must imprint on

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

the matters that remain within their sphere of competence, as well as the novelties that are incorporated, in any case, with a completely new vision and scope and a projection in their coping that is radically modified. At this point lies the key to success; in looking at the issues that have traditionally been known to them, with a prism of greater and higher projections and dimensions. This is the case of adoption, in general, and of its integrative variant, in particular, and of economic compensation, as a way of granting true economic value to domestic and care work, once the divorce or separation of the affective domestic partner occurs.

Keywords: *Family Code*; *courts*; *adoption*; *economic compensation.*

Sumario

I. Introducción; II. ¿Qué jueces necesita el Código de las familias, para su implementación efectiva y eficiente?; III. Entre la continuidad y las nuevas competencias; 3.1. Continuidad: la adopción; 3.2. Nuevas competencias: la compensación económica; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

A poco más de un año de vigencia del CFS [GOR-O (99), 2022, pp. 2893-2995] pudiera suponerse que es momento de hacer el balance que arrojan los primeros tiempos de su implementación. Pero, quizás, quede eso para más adelante y se asuma ahora el reto de seguir razonando sobre la necesidad de cambiar la perspectiva desde la cual se han apreciado las figuras que ya estaban presentes en el entorno de la justicia familiar y esas otras, totalmente novedosas desde lo legal, mas no desde la realidad, visión transformadora que solo podrá alcanzarse si el juzgador «se coloca en la piel» de la persona que suele estar en desventaja en una relación jurídico-familiar concreta.

La pregunta es, sobre todo, qué se quiere o aspira, como ideal, para el funcionamiento de los tribunales cubanos de justicia familiar, como una de las fuerzas más importantes que trabajan o deberían trabajar por la familia, la infancia, la tercera edad, las personas en situación de discapacidad y la vulnerabilidad familiar, en general. ¿Qué estrategia se debiera seguir? La autora no vislumbra otra que la formación de profesionales de primera línea, comprometidos con la judicatura y la justicia familiar,

pues no cabe la menor duda de que uno de los principales actores de esta, si no el más importante, es el tribunal de lo familiar y las personas que lo integran.

Es por ello que, agradecida de antemano por la invitación para participar en la prestigiosa revista *Justicia y Derecho*, y como antesala de lo que pudiera ser una serie de ensayos de reflexión, a compartir con el gremio judicial, sobre las diversas figuras que, desde una perspectiva renovada, mantiene o incorpora el CFS [GOR-O (99), 2022, pp. 2893-2995], la autora ofrece su enfoque personal sobre qué jueces y juezas reclama el recién estrenado texto sustantivo familiar cubano, tomando como premisa la absoluta confianza que deposita en cada uno(a), para posteriormente adentrarse, primero, en el análisis de una institución tradicionalmente presente en la norma familiar, como es la adopción, pero con el cambio radical que le imprimen su fundamento y las pautas que distinguen la figura general de la modalidad integrativa y, segundo, en la novedosa previsión de la compensación económica, como una de las maneras efectivas de conceder valor económico a las tareas domésticas y las labores de cuidado que han recaído, tradicionalmente, sobre los hombros de las mujeres.

II. ¿QUÉ JUECES NECESITA EL CÓDIGO DE LAS FAMILIAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA Y EFICIENTE?

Una buena parte del futuro jurídico de este país está en manos de los tribunales y esta verdad de Perogrullo —que a fuer de ser extremadamente simple o hasta innecesaria, no siempre es asumida de manera consciente y en su enorme trascendencia—, llevada al plano del primer y más importante grupo social, significa que el futuro de las familias y su construcción, en clave de derechos, igualdad, solidaridad y no violencia ni discriminación, está en manos de los tribunales de justicia familiar y de todos los entes que gravitan alrededor de ella, pues son quienes materializan, en la práctica, los diversos objetivos del legislador en el momento de diseñar su norma especial de protección a las familias, de hondo arraigo constitucional.

El derecho familiar actual reclama, principalmente, un juez activo, con responsabilidad social y conciencia constitucional. Como integrante de la Comisión redactora y como jueza que fue, quien escribe, más allá de que esté integrada al sistema judicial o no, está y estará siempre en

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

posición de asegurar que el CFS [GOR-O (99), 2022, pp. 2893-2995], al igual que todos los cuerpos normativos, es una norma que cree en los jueces, porque el legislador es consciente de que no bastan las buenas normas, no sirven de nada las leyes bien escritas y coherentes con su entorno social, si no hay quien las aplique; por eso el CFS parte de la base de la confianza en los jueces.

Pero, ¿en cuáles? ¿Cómo debe ser un juez de lo familiar? No se piense en que ha de tratarse de un profesional con amplio conocimiento de las leyes y, en especial, de las que se dedican a la materia familiar, o estar al día con los procesos de actualización frente a las reformas legislativas; eso va por descontado, tributa a su formación técnica.

Se trata más bien del perfil personal y conductual. El juez de lo familiar debe ser una persona conectada con su entorno, informada de la realidad sociofamiliar dentro del espacio geográfico en el cual dispensa justicia, con habilidades personales, negociadoras y propositivas, que faciliten la conciliación, y de una humildad infinita para aceptar que la razón no le asiste ni se impone solo por su posición, por la facultad que le corresponde de decir el derecho o como personificación de la función jurisdiccional, sino únicamente porque ha logrado, a través de su dictado, hacer justicia en el caso en concreto y ofrecer protección a quien está en desventaja en esa relación jurídico-familiar específica, a sabiendas de que trabaja con sentimientos y emociones, con el fin de recomponer la situación que presenta uno de esos tantos núcleos fundamentales de la sociedad.

El CFS no confía en quien imparte justicia con la venda en los ojos, que no ve al justiciable, sino en aquel que, de primera mano, mira lo que pasa y aprecia sus propias circunstancias; quien respeta los valores constitucionales; quien tiene en cuenta todo el sistema, no el derecho aislado, lo integra y aplica; quien va con los tiempos, interpreta de manera evolutiva mirando los fines y no el espíritu del legislador; quien pondera y funda razonablemente sus decisiones de forma clara, esa noción que se relaciona con la búsqueda del convencimiento de una específica postura mediante la presentación de razones.

El CFS no deposita su confianza en quien impone sus propias pautas culturales o sus patrones de moralidad, o sus prejuicios, o demora sus decisiones sin pensar que cada asunto significa el tiempo y la vida de las personas que acuden al tribunal. Sí confía en quien actúa oficiosamente, sobre todo, pero no en exclusiva, en asuntos en que se involucre

el interés de una persona que, por cualquier razón, está en situación de desventaja o de vulnerabilidad; en quien es capaz de idear y adoptar medidas razonables para asegurar la eficacia de su sentencia, por ejemplo, ante el incumplimiento del pago de la obligación legal de prestar alimentos o del derecho-deber de comunicación familiar; en quien no restringe la legitimación para el ejercicio de la acción de protección de un derecho; en quien, ojalá que un día se logre, notifica sus decisiones en audiencia, para que los destinatarios las comprendan y no las reciban fríamente de manos del alguacil; en quien no se queda cruzado de brazos ante la violencia ni frente a la inequidad o la injusticia.

Confía también en el juzgador que sabe aprovecharse, para bien de la justicia, de todos los actores que intervienen en cualquier proceso, especialmente, de los abogados de cada parte y del fiscal. Ese juez tirano, ya pasado de moda, que considera incompetentes a los abogados o desconfía de ellos, solo genera diálogos entre sordos, solo provoca que las personas en situación de desventaja y vulnerabilidad pierdan la voz, y que su carga como decisor se haga cada vez más pesada.

El CFS clama, en definitiva, por una justicia familiar que impartan los jueces y las juezas visibles, presentes y partícipes, garantistas, directores del proceso, que velen por el respeto de los derechos de las partes y de las reglas del equilibrio, con su independencia, imparcialidad, inmediación, concentración de los debates e intervención oportuna.

Un juzgador con estas y muchas otras características tiene gran parte del terreno ganado, el que se completaría con las herramientas propicias para avanzar, las reglas procesales que cumplan con los principios de su intervención dinámica, activa y comprometida, que se desarrolle a través de audiencias orales, concentradas —pero tantas como resulten necesarias—, que descarte el exceso de ritualismo, que encuentre soluciones flexibles ante el imperio de las formas, sin violar el derecho de defensa, siempre en la búsqueda de la verdad real, con apego al principio de contradicción, que permita la entrada al debate y la escucha de ciertos sujetos, aunque no tengan el carácter de partes en sentido estricto.

Sin convertir el espacio judicial en el lugar para obtener soluciones a los conflictos por las vías alternas, sí se deben propiciar acuerdos, lo que reconduce a las funciones conciliadoras y de descontención, y a la necesidad de incorporar, como parte de la formación de los jueces y las juezas de lo familiar, las estrategias para enfrentar y manejar el con-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

flicto con la coparticipación de la interdisciplinariedad, en aras de que puedan decidir integralmente sobre el todo, no solo sobre la situación específica, con el ánimo de restaurar la armonía familiar.

III. ENTRE LA CONTINUIDAD Y LAS NUEVAS COMPETENCIAS

El CFS cubano mantiene en su normativa viejas figuras propias del derecho familiar, pero afrontadas con una nueva mirada, que no se alcanza exclusivamente desde la letra de la ley, sino desde la responsabilidad, la preparación y la sensibilidad que concierne a quienes deben hacer uso de ella y asumen su aplicación concreta. Uno de los pilares esenciales de la transformación que corresponde desempeñar al derecho familiar lo constituyen las decisiones judiciales, adoptadas por juezas y jueces con conciencia de las historias de vida de las personas. El espíritu renovador y consonante con la realidad sociofamiliar de una norma jurídica no puede quedar atrapado en su continente, sino que se libera y respira a través de su aprehensión por los operadores jurídicos y su aplicación concreta.

3.1. Continuidad: la adopción

Una de esas figuras que ha estado presente tradicionalmente en el derecho familiar es la adopción, como fuente filiatoria cuya previsión en sí misma no significa una novedad ni mucho menos, ya que ha acompañado desde casi siempre a la filiación surgida de la procreación natural, contrario a lo que ocurre con las dos restantes y sí novedosas fuentes que se acogen en el texto normativo familiar cubano, merecedora cada una de un estudio propio: La que deriva del uso de las técnicas de reproducción asistida y la que se construye a partir de la constatación de esos vínculos socioafectivos tan sólidos, consistentes y perdurables que justifican el reconocimiento desde lo filiatorio.

En este momento se reflexiona sobre lo que cambia en la manera de afrontar la adopción en general y se hace una especial referencia a su modalidad integrativa o lo que se ha denominado adopción por integración.

Una primera mirada sobre la regulación de las adopciones en el CFS conduce a la percepción errónea de que no hay grandes diferencias, si se les compara con el CF de 1975 [GOR-O (6), 1975, pp. 71-86].

Aquella Ley No. 1289, de 24 de febrero de 1975, CF, regulaba la adopción a partir del Artículo 99 y hasta el 116, correspondientes al Capítulo III del Título II, «De las relaciones paterno-filiales», posteriormente modificados con la promulgación del Decreto-Ley No. 76, de 20 de enero de 1984 [GOR-E (1), 1984, pp. 1-5], que organiza el funcionamiento de los círculos infantiles mixtos y los hogares de menores, institucionaliza las familias sustitutas que los apoyen e introduce importantes modificaciones en la adopción.

Hay una idea esencial que atraviesa la regulación de la reciente disposición y debe trasladarse a la forma en que la perciben los juzgadores y las personas intervinientes, desde cualquier posición; ella implica una transformación raigal: Toda decisión, la más mínima, desde que comienza en su etapa prejudicial, debe asumir la mirada de la niña o el niño que pudiera ser adoptado y no, como suele suceder, desde la perspectiva o los intereses de los adultos involucrados en el proceso.

Este es el auténtico fundamento de la institución, la única brújula que ha de guiar el devenir del proceso hasta su culminación y, también, la etapa de seguimiento, paradigma que ha sido desarrollado por la doctrina nacional y foránea sobre el tema, tomando como sustento la CDN, de 1989, no así por la doctrina legal que en Cuba muestra síntomas de estancamiento persistente.

Con su actualizada regulación, el CFS cubano no pretende que «estalle» el número de autorizaciones para adoptar; tampoco, que el panorama de las adopciones en Cuba cambie radicalmente por el solo influjo de la avanzada preceptiva. Las leyes son importantes factores de cambio y transformación de la realidad social, pero no son el único ni ese proceso suele producirse tan rápidamente en las subjetividades, muchas veces llevado por la inercia, la resistencia al cambio de lo conocido o las ideas sobre lo que se cree que no funciona en lo personal para unos, pero sí lo hace para muchos otros.

Desde lo más profundo de sus convicciones, la autora no desearía que se produjera una explosión de adopciones en Cuba, pues al entender su esencia, hay que admitir lo que perdura detrás de ella: la desatención, el abandono, el desamparo y la violencia en la persona de un infante. Pero también sostiene que las razones para el desconocimiento de la figura en la etapa prejudicial, su negación y las demoras en el espacio judicial no se pueden seguir sustentando en criterios discriminantes, prejuicios,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

temores a veces lógicos, pero superables, e ideas preconcebidas, ancladas en los imaginarios personales y sociales.

La adopción es la manera de garantizar una familia para una niña o un niño que no la tiene, especialmente, cuando se trata de aquellos que padecen cualquier situación de abandono o desamparo. Esa es su esencia y también la razón por la cual se hace acompañar el proceso de cierto rigor en la verificación del cumplimiento de los principios y requerimientos personales y formales.

Esto, por supuesto, sin desdeñar sus fines secundarios, encaminados a dar descendencia a quienes no pueden alcanzar la maternidad y la paternidad; se impone, cada vez con mayor fuerza, la posibilidad de acudir a ella, para impedir el descarte de embriones fecundados supernumerarios, cuando se ha usado una de las técnicas de reproducción asistida. De manera especial está dirigida a la infancia pues, aunque en la isla solamente pueden ser adoptadas las personas menores de edad, no se descarta la validez de adopciones de mayores, conforme a las normas jurídicas del lugar en que así se haya procedido. El Artículo 470 del CFS [GOR-O (99), 2022, p. 2976], sobre el reconocimiento en Cuba de la adopción constituida en el extranjero, cuando haya sido autorizada por la autoridad competente del país del domicilio del adoptado, conforme a sus normas, incluye aquellas en que se trate de una persona mayor de edad.

La evolución de la figura pasa, de un régimen jurídico con una perspectiva marcadamente adultocéntrica —por lo que no se comparte la noción de la adopción como una filiación electiva, que suele concedérsele en el Derecho francés, pues la mirada no se posa en la persona menor de edad, sujeto posible de adopción, sino que se centra en la elección de los adultos (Bénabent, 2003, p. 479)—, enfocado en la satisfacción de los intereses, más o menos legítimos y atendibles, de las personas que, por cualquier causa, no podían, de manera natural, convertirse en madres y padres, a la visión desde el mejor interés del niño o la niña que pretende adoptarse y la realización de su derecho a vivir en familia.

La adopción, no cabe dudar, es la filiación socioafectiva por excelencia y ello obliga a entenderla, no como el proceso en el que se va a «hacer» de madre o de padre, sino en el que se «es» una u otra figura parental.

Varios son los principios que adornan la concepción de la adopción y que se describen en el texto normativo familiar cubano. Su Artículo 90 [GOR-O (99), 2022, p. 2910] reseña los principios rectores para las

decisiones sobre la adopción. Aunque no se mencione expresamente, hay que entender que otro de estos es el que se colige de los artículos 48 (consagra la igualdad filiatoria), 51 (concede iguales efectos a la filiación, cualquiera que sea su fuente) y 93 (determina que con la adopción, entre adoptados, adoptantes y sus parientes, se crea un vínculo de parentesco igual al existente entre madres, padres, hijas e hijos, así como que de él derivan los mismos derechos, deberes y efectos legales recíprocos, todo ello conjugado con los correlativos enunciados, contenidos en los artículos 42 y 83 de la CRC, pautas que han de ser respetadas y llenadas de contenido por los operadores jurídicos, desde los escritos promocionales hasta las decisiones judiciales.

El primerísimo de todos, la «[…] protección del derecho de la niña, el niño y adolescente a vivir en familia y considerar lo más beneficioso para su interés superior», que no significa cosa diferente a que los tribunales, para decidir una adopción, deben atender —en lugar de a la conveniencia o acomodo de los adultos—, al muy concreto interés superior de la niña o el niño, incluida, si su grado de madurez lo permite, la posibilidad de participación y escucha activa, durante el proceso, en sus fases administrativa y judicial. Ser escuchado es solo el primero de los niveles en que se manifiesta el derecho de participación y que, según Shier (2001, pp. 107-117), constituye la forma menos intensa de su ejercicio, aunque siempre sea más deseable esta que ninguna e igualmente adecuada, pues dependerá más de las circunstancias concretas del caso y la madurez y capacidad natural del infante. Existen para este autor varias maneras de concretar el derecho de participación de las niñas y niños, y propone cinco niveles: 1. El menor es escuchado; 2. El menor es animado a expresar su opinión; 3. Las opiniones del menor son tenidas en cuenta en la decisión; 4. El menor es involucrado en el proceso de la toma de decisión; y 5. El menor comparte poder y responsabilidad por la toma de la decisión.

Este principio, también prevé la obligación de optar por la medida que satisfaga, de manera más efectiva, el disfrute y goce pleno de sus derechos, considerando con preferencia los intereses del adoptado sobre los de los adoptantes, y despojarse de la idea que persiste en la subjetividad de quienes intervienen en el proceso, de mantenerlo en entornos perjudiciales, en los que su bienestar y su seguridad están en riesgo, por preferenciar los vínculos consanguíneos o de origen, aunque perjudiquen su mejor interés, con lo cual se olvida que lo primero es garantizar el íntegro desarrollo positivo del infante y proveerle de una convivencia sana.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

El Artículo 7.2 del CFS [GOR-O (99), 2022], sin intención de agotar el contenido de este principio, ofrece algunas pautas para su apreciación:

> Para determinar el interés superior de una niña, un niño o adolescente en una situación concreta en el entorno familiar se debe valorar: a) Su opinión, en correspondencia con su capacidad de comprender, la posibilidad de formarse un juicio propio y su autonomía progresiva; b) su identidad y condición específica como persona en desarrollo; c) la preservación de las relaciones familiares, las afectivamente cercanas en un entorno familiar armónico, libre de discriminación y violencia; d) su cuidado, protección y seguridad; e) sus necesidades físicas, educativas y emocionales; f) las situaciones de vulnerabilidad que puedan tener incluidas aquellas provocadas por situaciones excepcionales y de desastre reconocidas en la Constitución de la República de Cuba; g) el efecto que pueda provocar cualquier cambio de situación en su vida cotidiana; y h) otros criterios relevantes que contribuyan a la máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos de niñas, niños y adolescentes. (p. 2897)

Otros principios para destacar, íntimamente relacionados con el anterior, son los de prioridad y preferencia. El primero, ha de entenderse en el sentido de que, siempre que sea posible, aconsejable y beneficioso, el niño o la niña debe permanecer en el seno de su familia ampliada de origen o en los entornos afectivos cercanos, conformados por terceras personas no parientes, con las cuales mantengan un vínculo significativo duradero. El segundo, se encamina a agotar todas las medidas de apoyo y reinserción familiar, si es lo que resulta beneficioso al interés de la persona menor de edad, al igual que propiciar la permanencia de los vínculos entre hermanos y hermanas, siempre que las condiciones lo sugieran.

En auxilio de estos principios, el Artículo 6.1 del CFS [GOR-O (99), 2022], consagra el derecho de las niñas, los niños y adolescentes a no ser separados de sus madres, padres y familia,

> […] salvo que las autoridades competentes lo determinen en circunstancias especiales, conforme a la ley y los procedimientos establecidos, tomando en cuenta la necesidad, excepcionalidad y temporalidad de la medida y, en todo momento, en atención a su interés superior. [En tanto el apartado dos del propio precep-

> to, como requisito para poder disponer la separación, establece que esta se considere] estrictamente necesaria [...] como consecuencia del incumplimiento grave o del imposible ejercicio de las responsabilidades parentales, y siempre con la finalidad de protegerles. (pp. 2896-2897)

Muy importante resulta el principio de celeridad de las actuaciones, en los procedimientos y procesos que se realicen en los ámbitos administrativo y judicial, para reducir los plazos al mínimo posible, sin que con ello se resienta la profundidad de las investigaciones y acciones necesarias para el éxito final de la adopción.

Lo anterior no impide una reflexión: Desde la experiencia de la autora en la judicatura, en no pocas ocasiones, se dejaba «descansar», «asentarse», «enfriarse» un expediente; ante la perspectiva de una decisión compleja, se dejaba pasar algo de tiempo. En el caso de las adopciones, a veces, es necesario calibrar si el vínculo entre los pretensos adoptantes y la persona que será adoptada merece, a la postre, un reconocimiento filiatorio desde lo jurídico, cuando ese lazo afectivo y compromiso —que serán para siempre— no se han gestado de antemano; está bien que se consoliden, de hecho, las relaciones antes de que el Derecho intervenga; eso lo dice el tiempo, pero no la eternidad. ¡Cuántos niños y niñas llegan a la mayoría de edad sin que hayan podido ejercer su derecho a vivir en familia!, porque se es lento y demasiado suspicaz para permitir el avance de la adopción.

El CFS [GOR-O (99), 2022, pp. 2893-2995] también se detiene en el reconocimiento de los derechos de las personas adoptadas, en coherencia con el cambio de perspectiva que impone la norma familiar, centrada en la figura de la niña, el niño o adolescente. Se vinculan, esencialmente, con el respeto a su identidad y a recibir el acompañamiento necesario durante el proceso, lo que significa colocarlos como protagonistas de este, siempre que su madurez psicológica lo permita.

En otro momento se puede profundizar sobre el derecho a la identidad y, derivado de ella, lo que concierne a los apellidos de las personas adoptadas. Por ahora, baste solo decir que, como regla, una vez autorizada la adopción, se suele modificar la inscripción original de la persona adoptada para proceder a consignar los apellidos de sus madres y padres adoptivos, pero hay que prestar atención a cada caso concreto y valorar si es posible y de justicia mantener alguno(s) de los de origen y adicionar apellidos, tanto en el campo de la filiación como en el de

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

los abuelos, especialmente cuando se decide preservar alguno de los vínculos jurídicos filiatorios, generando la multiparentalidad de todos los que han desempeñado y los que desempeñarán funciones parentales con trascendencia suficiente para ello, en pos de la preservación del derecho a la identidad —Artículo 91, CFS [GOR-O (99), 2022, p. 2910].

El primer grupo de derechos asociados a la identidad, contenido en los incisos del a) al d), del Artículo 91.1 del CFS [GOR-O (99), 2022, p. 2910], clama por el conocimiento de la identidad biológica y del origen, el acceso al expediente de adopción llegado el momento, a ser inscrito con el (o los) apellido(s) de la (o las) persona(s) adoptante(s) —excepto que por causa justificada, ante la presencia judicial, se asuma otra solución, precisamente en amparo del derecho a la identidad—, y a mantener, al menos, uno de sus nombres.

Se acepta cada vez más el derecho de las personas adoptadas tanto a saber que lo es, como a conocer sus orígenes biológicos, de dónde viene y, si así lo desea, exigir de sus madres y padres de origen las razones que derivaron en su eventual adopción. La puerta de entrada a este derecho es el deber jurídico de los adoptivos de informarle de todo lo que esté en su conocimiento; pierde terreno así una de las más férreas barreras en el camino hacia la adopción, que es el secreto o el misterio que históricamente la ha acompañado.

Se habla de *adopción abierta* cuando los progenitores de origen y los adoptivos conocen la identidad de unos y otros, y puede generarse contacto directo entre ellos y la persona menor de edad que ha sido adoptada, tema que se retoma más adelante. Esta pudiera ser una opción emocionalmente saludable para todos los involucrados.

El segundo grupo de derechos, previstos en los incisos e) y f), del Artículo 91.1 [GOR-O (99), 2022, p. 2911] del texto normativo en comento, permite obtener toda la información y recibir el asesoramiento necesario durante el proceso, desde la fase prejudicial, para conocer de las consecuencias de este en la vida de la niña o el niño, tomada en cuenta su opinión, a partir de la escucha activa, siempre que su desarrollo emocional y psicosocial lo permita, lo que no significa en modo alguno otorgarle el «derecho al veto» o que su opinión sea vinculante, pero es obvio que al estar involucrado se valida mucho más el proceso.

Los cambios que se producen en lo sustantivo se vinculan con los requisitos o elementos personales, y los límites y la diferencia de edad de

las personas adoptantes y adoptadas, consignados en los artículos 98, 100 y 101 del CFS [GOR-O (99), 2022, pp. 2911-2912].

Pueden ser adoptadas las personas menores de 18 años; para optar, se deben haber cumplido 25 años de edad, estar en condiciones de solventar las necesidades de sustento de quien resulte adoptado y demostrar una conducta propicia al cumplimiento efectivo de las funciones, atribuciones y los deberes consustanciales al ejercicio de la responsabilidad parental, descritas en el Artículo 138 del CFS [GOR-O (99), 2022, p. 2918]. La diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado debe ser de 18 años de edad y la máxima de 50, salvo cuando la adopción se pretenda entre parientes o por integración, o se asuma la de varios hermanos y hermanas, o personas menores de edad en situación de discapacidad.

Tales transformaciones también se relacionan con las causas impeditivas para adoptar a que se refiere el Artículo 102 [GOR-O (99), 2022, p. 2912], el que excluye solo a los parientes consanguíneos en línea recta, por las múltiples variantes de protección que se establecen en el CFS, tales como la delegación voluntaria del ejercicio de la responsabilidad parental; los derechos que se reconocen a los abuelos y la posibilidad de concederles la guarda y los cuidados; las guardas de hecho y los acogimientos familiares, entre otras variantes de amparo. El resto de los impedimentos se asocia a personas sancionadas por delitos vinculados con la violencia de género o familiar, contra la libertad, la indemnidad sexual, la infancia, la juventud y la familia, de acuerdo con la nueva nomenclatura que asume el CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], o hayan sido privados de la responsabilidad parental de sus propios hijos e hijas, en su momento, se trate de la tutora o el tutor, en tanto no haya cesado en tal cargo y se le apruebe la rendición final de cuenta de su gestión judicialmente.

Igualmente, los cambios se conectan con la extensión de aquella a parejas de hecho afectivas instrumentadas e inscritas, lo que se explica por sí mismo, a tono con la CDN, la igualdad de todas las estructuras familiares y las personas para poder gozar de los beneficios y derechos que les concede el CFS.

En esencia, puede adoptar cualquier persona, pero no a más de una, a menos que se trate de cónyuges o parejas de hecho afectivas inscritas, por lo cual no hay cabida para las adopciones *amicales*. La regla de unilateralidad sigue la línea de su antecesor, pero lo supera al permitir a los unidos de hecho acceder a esa posibilidad.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

El CFS [GOR-O (99), 2022, pp. 2893-2995], además, introduce una regulación que pudiera parecer temeraria, fría, desnaturalizada y pragmática: La opción de la entrega de la niña o el niño en el momento de su nacimiento por la progenitora, o por el progenitor en los casos que proceda, sea porque ocurra la muerte de la primera o por mutuo acuerdo de ambos y siempre antes de su inscripción. El legislador ha pensado en quienes, de manera objetiva, no pueden asumir la maternidad y la paternidad, por cualquier razón, o no tienen en su proyecto de vida el de convertirse en madres y padres, pero sus convicciones les impiden acudir a la interrupción voluntaria del embarazo. La decisión de crear los mecanismos que permitan la entrega del hijo recién nacido disminuye el impacto del abandono y puede incidir en la reducción de los índices de abortos en edades tempranas, en especial, los de las adolescentes. Cada cierto tiempo, sorprende alguna noticia de que ha sido abandonado un recién nacido en condiciones que ponen en serio peligro su sobrevivencia. Es necesario que se divulgue esta alternativa para paliar la incidencia de tan lamentables sucesos.

La adopción en su modalidad integrativa

Hasta aquí, de manera muy breve, los análisis que se han querido abordar sobre la adopción, como paso previo a las reflexiones surgidas alrededor de una de las modalidades de la figura que introduce los mayores y más importantes cambios respecto de su regulación en la ley sustantiva familiar derogada: La adopción por integración, integrativa o aditiva. (Para un estudio más concienzudo de la adopción por integración en el CFS, ver «La adopción por integración: Causa-fuente sobrevenida de la multiparentalidad», Álvarez-Tabío, 2022, pp. 423-447).

La adopción por el cónyuge tuvo presencia en la norma familiar de 1975, aunque de forma diferente e incompleta, en una sola disposición que dejaba mucho espacio a las ambigüedades, con lo cual quedaban insatisfechas numerosas situaciones derivadas de esas formas familiares, las que se restructuran a partir de las separaciones o los divorcios en que existe una persona menor de edad de uno de los integrantes de la nueva pareja. Esta opción estaba reservada únicamente a quien ostentara la condición de cónyuge y desconocía que lo trascendental es el vínculo creado, no así la forma en que se haya constituido la pareja entre el adoptante y el progenitor de origen.

¿Qué razones anteceden y justifican la previsión de la adopción por integración? La presencia de las familias reconstituidas y, con ellas, las

figuras de las madres, los padres, las hijas y los hijos afines; el reconocimiento de la socioafectividad como fuente de creación de lazos filiatorios, y el rescate y florecimiento de la categoría de la posesión de estado, satisfacen el interrogante.

Cada vez es más frecuente la presencia de parientes afines en la realidad sociofamiliar y la aceptación de lo que algún sector de la doctrina ha denominado «parentalidad funcional», noción en virtud de la cual pueden no coincidir en la misma persona quien genéticamente procrea, quien es reconocido por el derecho como madre o padre, y quien cuida diariamente, lo que llega de la mano de la pérdida de hegemonía de la familia nuclear tradicional. El afecto se convierte así en el hilo conductor para el reconocimiento de cualquier relación desde lo familiar y, sobre todo, desde lo parental, porque nadie puede ya poner en duda que las relaciones familiares, antes de ser jurídicas, son afectivas.

El afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia. No obstante, los operadores del Derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos (Kemelmajer, 2014, p. 9).

Verdad incontestable que tiene en la parentalidad socioafectiva, funcional o social uno de los ejemplos más transparentes y fértiles que encuentra su cauce en una forma de organización familiar identificada, entre muchos otros calificativos, con los de reconstituida, recompuesta o ensamblada. Cada vez más frecuentemente se asumen responsabilidades parentales por parte de las nuevas parejas de las madres y los padres.

El primer problema que plantea la modalidad integrativa de la adopción es si su fundamento coincide con el de la adopción en general, analizada anteriormente. Y hay que decir, con toda certeza, que en el primer caso no se trata de la protección de las niñas y los niños en estado de abandono, por carecer de un medio familiar propicio, ni del derecho a vivir en familia, sino de la consolidación de los vínculos que existen *de facto* y que nacen desde los afectos, como una de las expresiones más diáfanas, que no la única, de la importancia de la socioafectividad en el derecho de las familias.

A ambas les une la circunstancia de ser una parentalidad elegida, con plenas e idénticas derivaciones para con las madres y los padres de origen, o los que se generen de la filiación consanguínea. Pero sus dife-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

rencias desmontan el fundamento mismo de la adopción y convierten a la integrativa en un universo completamente distinto. Para la adopción por integración no se requiere demostrar la idoneidad de quien resulte adoptante ni hay que pasar por el tránsito o alguna fase previa de índole administrativa, pues no se trata de una persona menor de edad en situación de desamparo o interna en establecimientos. La exigencia del cumplimiento a rajatablas de los elementos personales, formales y demás requisitos se torna inútil. Tampoco es sustitutiva por naturaleza, no desplaza una figura parental, sino que se coloca en un espacio que no ocupa nadie o se suma a quienes ya están presentes.

Otro problema sería determinar si todas las variantes de corresponsabilidad o participación de las madres y los padres afines en la vida de sus hijos e hijas afines deben discurrir por el camino de la adopción, atendiendo a que las demás opciones dejan sin reconocimiento algunas relaciones afines que, *de facto*, son plenamente parentales y a que su alcance se extingue con la llegada a la mayoría de edad de la hija o el hijo de la pareja.

En muchas ocasiones se ha dicho que este es un código de alternativas, diversas oportunidades, opciones a elegir, según se adapte a cada realidad y circunstancia concreta; puede que algunas familias reconstituidas deseen que esta figura, que hasta ahora ha estado en el limbo jurídico, sea considerada formalmente, para convertirse, a todos los efectos, en la madre o el padre afín del hijo o la hija de su pareja. Las consecuencias que se derivan de una relación de filiación, frente al mero ejercicio de responsabilidades parentales por parte del afín, pueden ser deseadas en aquellas familias en las que, efectivamente, este es considerado por el hijo o la hija como uno de sus referentes parentales; de ahí el interés en el reconocimiento pleno de la parentalidad social del afín.

La adopción integrativa plantea dos escenarios posibles: Aquel en que el pretenso adoptado tiene un vínculo jurídico-filial y el de quien ostenta doble vínculo filiatorio. Para que se pueda adoptar al hijo de la pareja, es necesario que no haya filiación determinada a favor de otro progenitor, que este haya fallecido, que se encuentre privado de la responsabilidad parental o que dé su asentimiento a la adopción.

En el supuesto de la hija o el hijo con una sola filiación determinada, no tienen por qué plantearse obstáculos para acceder a la adopción, como vía de institucionalizar la relación afín; tampoco debieran existir inconvenientes para la extinción de algún vínculo previo, por lo que la

adopción del hijo o la hija de la pareja será seguramente satisfactoria en la mayoría de los casos. Aun cuando en este tipo de familias, con posterioridad a la adopción, aparezca, en la vida del menor, el segundo progenitor biológico, la eventual determinación de la filiación por procreación natural no afecta a la adopción ya constituida. Pueden producirse la definición del vínculo biológico con efectos únicamente declarativos y el establecimiento de los impedimentos para contraer matrimonio o uniones de hecho afectivas, por razón de parentesco consanguíneo sobrevenido, o pudiera el progenitor desempeñar su rol parental más allá de la mera declaración, sin desplazar a las figuras parentales ya reconocidas.

Cuando se trata de la adopción integrativa de niñas y niños con, al menos, dos vínculos parentales determinados, pueden asumirse soluciones que dependerán mucho de cada circunstancia. Si la causa es el fallecimiento de uno de los progenitores, la sustitución formal de la figura de este y de todas las relaciones de parentesco con la rama familiar respectiva puede resultar desaconsejable, especialmente, si existe una relación estrecha entre todos o ha existido siempre un trato cercano con la familia extensa de la madre o el padre muerto.

Si se trata de un progenitor alejado, distante o poco implicado en la vida de su hija o hijo, pudiera privársele de la responsabilidad parental o mantener el vínculo filiatorio, solo en el caso de que se desee preservar la identidad o las relaciones con la familia extendida, con la cual se tengan estrechas relaciones desde los afectos.

Por último, puede que la relación de filiación con el progenitor no conviviente funcione, sea cercana y se tipifique una verdadera coparentalidad, en la que ambos progenitores sean percibidos por la hija o el hijo como figuras parentales. Para estos supuestos, la norma jurídica elimina la opción de la adopción, con independencia de que la relación entre la madre/padre afín y la hija/hijo afín sea totalmente equiparable a la paterno o maternofilial.

En efecto, de acuerdo con el Artículo 105 del CFS [GOR-O (99), 2022]:

> 1. Si la persona menor de edad mantiene un vínculo intenso, frecuente y positivo con su madre o padre de origen no conviviente, no procede la adopción por el cónyuge o por la pareja de hecho afectiva de alguno de ellos. 2. En estos casos resultan aplicables las normas que regulan los derechos y obligaciones de madres y padres afines. (p. 2913)

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Estos análisis conducen a una última reflexión, encaminada a responder si, dentro de esta amalgama de situaciones, pudiera estimarse que la adopción integrativa es revocable. La respuesta es clave, absoluta y enfáticamente: No.

El calificativo de *plena* de una adopción discurre en dos sentidos: El primero, sobre sus efectos, de manera que las relaciones jurídicas creadas son idénticas a las de toda filiación; el segundo, respecto a la subsistencia, o no, de los vínculos jurídicos con la madre o el padre de origen y la familia ampliada de este.

Lo primero es una conquista a la cual es imposible renunciar; lo segundo dependerá de cada circunstancia y del respeto a las distintas realidades familiares. Mantener con rigidez esta última dimensión llevaría al sinsentido de que, el conceder la adopción plena de una niña, por ejemplo, al cónyuge o la pareja de hecho afectiva de su madre, traería aparejado el emplazamiento en el estado de hija respecto al adoptante, y el disparate o la incongruencia de dejar de serlo de su madre biológica, lo cual resulta absurdo e irracional. Matizar esta segunda mirada significa el remedio ante la incoherencia en que se incurriría, si se lleva al extremo y hasta sus últimas consecuencias: Al pretender sumar el vínculo filial entre el cónyuge o conviviente del progenitor de origen con el adoptado, se termina por eliminar el vínculo jurídico entre el adoptado y su progenitor de origen.

3.2. Nuevas competencias: la compensación económica

Corresponde reflexionar ahora sobre una de las figuras verdaderamente novedosas en el panorama jurídico, sin antecedentes explícitos en el derecho familiar cubano. Se trata de la compensación económica a fijar por la dedicación al trabajo doméstico y de cuidados, a la que aluden los artículos 276 y 327 del CFS [GOR-O (99), septiembre 27, 2022, pp. 2945 y 2954], con el objetivo de resarcirse de cualquier situación de desventaja patrimonial y como una medida para paliar la desigualdad en que podría quedar quien no ha realizado una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o la unión de hecho afectiva, por haberse dedicado a las labores domésticas y de cuidado.

Cuando una pareja decide divorciarse o separarse, alguna de las partes puede sufrir un impacto negativo desproporcionado en su economía,

debido a que se dedicó, entera o parcialmente, a las labores del hogar, al cuidado de los hijos y otros familiares enfermos. La compensación económica o pensión compensatoria, como también se le conoce en otros ordenamientos jurídicos que la regulan**,** es la prestación que recibe uno de los excónyuges o integrante de la pareja de hecho, de parte del otro, cuando la ruptura lo coloca en una situación de desequilibrio económico, respecto a la que tenía antes de la separación.

Diversos son los interrogantes que se abren y las cuestiones a precisar, tomando como punto de partida la letra y la intención de los preceptos antes mencionados, sin olvidar que su aplicación efectiva debe complementarse con los principios y valores que adornan el texto sustantivo familiar cubano, el que bebe, desde sus raíces, de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116].

No se pretende abordarlos todos porque, para ello, habría que dedicar mayores espacios. Por ahora, solo se tratará de delimitar la naturaleza jurídica de la compensación económica, de manera que pueda ser distinguida de otras figuras; qué requisitos objetivos o de procedencia hay que tener en cuenta, cómo determinar su cuantía, algunos modos posibles de satisfacerla y la posibilidad de renunciar a ella.

Ante todo, lo primero es determinar si la compensación económica tiene base constitucional. Para Molina de Juan (2017):

> La figura en estudio responde al abordaje constitucional de un derecho familiar contemporáneo orientado al reconocimiento y la eficacia de tres principios fundamentales: (I) la autonomía para concretar el proyecto de vida que cada uno diseña, (II) la solidaridad, que a la luz del sistema de derechos humanos se redefine como responsabilidad familiar, y (III) la igualdad real de oportunidades entre cónyuges y convivientes. Estos principios contenidos en los derechos fundamentales que nutren el sistema constitucional argentino (conf. art. 75 inc. 22 CN), son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. (p. 7)

La respuesta es categóricamente positiva, por muchas razones, pero especialmente, en atención a los valores que defiende la Carta Magna [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116], de solidaridad, corresponsabilidad, igualdad real de oportunidades y respeto al proyecto de vida que cada quien diseña para sí y su vida familiar; se considera, asimismo, la integración, al ordenamiento jurídico interno, de la CEDAW (Oficina del Alto

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Comisionado de las Naciones Unidas, 2014), por conducto del Artículo 8 constitucional [GOR-E (5), 2019, p. 72].

En efecto, el Artículo 5 de la convención citada establece que los Estados parte han de tomar las medidas que conduzcan a

> modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, […] que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; [y garantizar por medio de la educación] el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos […]. (p. 97)

Lo segundo a precisar es que la compensación económica busca resarcir la desventaja derivada de lo invisible y desvalorizado que ha sido socialmente el trabajo doméstico y de cuidado, de modo que la dimensión de la diferencia entre los bienes de las personas integrantes de la pareja no es lo determinante para su procedencia. Mantener el silencio o la ausencia de regulación de esta figura constituiría una vulneración directa al principio de igualdad, que tiene el objetivo de atender y remediar las situaciones de desventaja o el desequilibrio económico entre los integrantes de una pareja, especialmente de las mujeres, debido a los roles y estereotipos que, históricamente, se le han asignado como naturales, por su sexo y condición humana. Claro resulta que la prestación es aplicable a cualquier persona que se encuentre en las circunstancias que aconsejan su determinación, pero no puede negarse que, objetivamente, es la esposa o la compañera de hecho quien suele emplearse en las tareas que no le deparan ingresos ni salario, ni derecho a una futura jubilación, ni al goce de licencias por enfermedad. Se trata de trabajo real, sin valor económico contante y sonante, lo cual produce una enorme desigualdad estructural, solo «descubierta» en el momento de la ruptura, pues antes pasaba desapercibida de las puertas del hogar familiar hacia afuera. Como sostiene Chechile (2022),

> resulta evidente, en el gran porcentaje de los casos, que suele ser la mujer quien ha abdicado de toda o casi toda su productividad en el mercado para invertir su tiempo útil al servicio de la familia. Y, en esos modelos, continúa siendo la conducta esperada, la abnegación de la madre y esposa/conviviente, *la buena madre*. En esa posición, muchas veces ni cuestionada por ella misma

> pues su construcción de lo femenino radica en una educación que le enseñó a ser esa «buena mujer», se encuentra al final de la cohabitación absolutamente desprotegida y tan dependiente como fue enseñada. A veces, con niños pequeños, y otras, añosa y ya con escasas posibilidades de un futuro laboral. (p. 77)

Quizá no es la compensación económica un instituto novedoso, pero sí nuevo en la norma jurídica cubana. Existe en el derecho comparado, pero no ha sido copiada de ninguno de los sistemas que la prevén; incluso, la manera de enfrentarla es distinta en cada uno de ellos, por lo que no cabe dudar que esta figura habrá que construirla entre todos. Ella aparece cuando hay crisis de la vida de pareja, ya sea por divorcio, separaciones de uniones de hecho afectivas o por la nulidad, de ahí que aplique tanto para las uniones formalizadas como para las que no. La pregunta que se plantea, entonces, es si la previsión se extiende a los casos en que la causa de la extinción de la vida en pareja es la muerte de uno de sus miembros. Tal cuestión quedará para futuros análisis, pero en principio, tratándose de un derecho personal, no admite la subrogación de los acreedores de la persona con derecho a ella.

¿Qué importancia tiene determinar la naturaleza jurídica de la compensación económica? ¿Por qué los juristas están tan pendientes de identificarla? Porque de esta manera se pueden cercar o acomodar las figuras en estudio dentro de un marco jurídico específico, casi siempre conocido o preexistente; pero si se acepta que la compensación económica es una institución nueva, se deben abandonar los esfuerzos por encasillarla en la *ratio essendi* de otras o forzarla a encajar en ellas. Empiécese, desde la doctrina científica y legal, a construirla, partiendo del presupuesto de que se trata de una novicia faceta o manifestación de los efectos patrimoniales que derivan de la ruptura del matrimonio o de la unión de hecho afectiva, un elemento más a considerar a la hora de adoptar las decisiones patrimoniales, con origen en el esfuerzo de uno de los integrantes de la pareja, dedicado al hogar común, lo que le ha impedido desarrollarse en todas sus potencialidades y que pudiera representarse, luego del divorcio o de la separación, en algún tipo de desventaja que requiere ser equilibrada desde lo económico.

Como se sabe, los efectos patrimoniales post-ruptura no se limitan al régimen económico, sino que incluye los daños derivados del divorcio o la separación y la determinación del derecho a los alimentos. Ahora se

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

le une la compensación económica para equilibrar lo que quedó desbalanceado, luego de la aplicación del régimen correspondiente.

No pocas veces los estudiosos del Derecho recurren al socorrido recurso de concluir que se trata de una institución *sui generis*, cuando se es incapaz de categorizar alguna figura. En el caso de la compensación económica, no es posible catalogarla entre ninguna otra de las ya conocidas. Puede que no se sepa aún qué es, pero sí se conoce lo que no es.

No es una indemnización por los perjuicios derivados de la ruptura, porque es ajena a la idea de la culpa, no hay ilicitud, antijuridicidad. No es una manifestación del enriquecimiento sin causa o a expensas de otro, debido a la misma ausencia de ilicitud, aunque al principio resulte seductora esta idea, ya que algo de ello ocurre, con el correlativo empobrecimiento de la persona afectada.

Repugna la consideración de que ha de tratarse como retribución de los servicios domésticos, tesis muy utilizada para determinar las cuantías, mediante la suma de las cifras que se le hubieran pagado a una empleada doméstica, una niñera u otra persona encargada de cuidar infantes o enfermos. Ni siquiera, en puridad, tiene carácter compensatorio porque no se pretende igualar o equilibrar los patrimonios de los miembros de la extinta pareja; si se piensa en las desventajas que se ocasionaron durante la vida en común y en las que van a mantenerse en el futuro, como consecuencia de la separación, no se compensa, sino que se anticipa. Tampoco es reparatoria de una pérdida patrimonial ni resarcitoria ante la pérdida de oportunidades.

Finalmente, no puede confundirse con la obligación legal de prestar alimentos, que sobrevive a la separación o al divorcio, de marcado carácter asistencial, y de prolongación del deber de socorro y ayuda mutua, consustancial a las relaciones de pareja. Ambas son instituciones que responden a presupuestos, causas y finalidades distintas, aunque no son excluyentes**,** *ergo* pueden coexistir.

La compensación económica tiene como presupuesto la existencia de un matrimonio o una unión de hecho que, en el momento de la crisis, la ruptura o la separación genera un desequilibrio patrimonial, el empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges o miembros de la pareja y persigue el fin de dejar al más debilitado mejor pertrechado para el futuro, en la medida de lo posible. Dicho de otro modo, si las personas no hubiesen contraído matrimonio o se hubieran unido, el desequilibrio para uno de ellos no se hubiera producido.

El presupuesto de la obligación legal de dar alimentos entre excónyuges o parejas de hecho deriva del principio de solidaridad familiar y su fundamento es paliar una necesidad asistencial ante la imposibilidad de la persona necesitada de proveerse, por sí misma, de los medios y recursos para su supervivencia, lo que confluye con la posibilidad económica del pretenso obligado. Esta obligación es de cumplimiento periódico y su cuantía puede modificarse, a diferencia de la compensación que se determina de una vez y, en principio, es de carácter temporal y de pago inmediato, sin perjuicio de que pueda asumirse por períodos hasta cubrir el monto total predeterminado, según el modo de cumplimiento que se elija.

La manera en que se satisfaga la compensación económica, una vez dispuesta, pudiera ser uno de los elementos que exija mayor inventiva de los abogados y juzgadores; la norma jurídica cubana se abstiene de ofrecer fórmulas y deja abiertas las puertas a las más amplias posibilidades, siempre que se respeten la naturaleza jurídica de la institución, sus presupuestos y las condiciones concretas del caso de que se trate. La compensación puede pagarse en dinero, con la entrega de la cantidad acordada de forma total o en plazos, o con la atribución del dominio o el usufructo de bienes, propiedad del obligado, o por cualquier otro modo que se acuerde entre las partes o disponga el tribunal.

De igual manera, el menoscabo que se ha producido durante el matrimonio o la unión, pero que se corporiza después de la separación o el divorcio, se mantiene sin que influya el hecho de que el beneficiado con la compensación económica tenga recursos para subsistir. Esa sería la causa de extinción de la pensión de alimentos, pero no de aquella.

La compensación puede establecerse de común acuerdo o ser determinada judicialmente. Por lo tanto, se trata de una obligación sujeta al principio de rogación; es decir, no puede ser establecida de oficio, sino que la parte que se sienta perjudicada debe solicitarla al inicio del proceso de divorcio o de reconocimiento judicial de la unión de hecho afectiva cuyos integrantes no han fallecido, o antes de que se dicte la sentencia, so pena de perder este derecho. La lógica de ello descansa en que el desequilibrio se produce con motivo de la separación o el divorcio, no después. Se aconseja a los abogados representantes de cada parte y al notario que, si la persona no quiere pedir la compensación económica, la negativa sea documentada para evitar problemas futuros por mala *praxis*.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Para resolver si corresponde asignar la compensación económica, el juzgador debe evaluar diversos criterios que se abstiene de enumerar el CFS, para no cercenar la actividad de creación jurídica que corresponde a juezas y jueces, ante cada caso concreto sometido a su escrutinio. Lo primero, debe ser constatar la presencia del desequilibrio económico y después, si su causa radica en la convivencia matrimonial o de hecho. Si no es así, no se trata de compensación económica.

El Código civil español, en su Artículo 97,[1] a semejanza del 441[2] del Código civil y comercial de Argentina, ofrece algunas pautas que pudieran servir de orientación para la determinación de la cuantía de la compensación: Existencia de acuerdos a los que hubiera llegado la pareja, siempre que no vulnere el principio de igualdad; edad y estado de salud que se tienen en el momento de la separación; cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo; dedicación, pasada y futura, a la familia; colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; duración del matrimonio o de la convivencia de hecho, o la suma de ambas; pérdida eventual de un derecho de pensión; caudal, medios económicos, y necesidades de un cónyuge y otro; y cualquier otra circunstancia relevante, indicativos que, a veces, apuntan a una noción indemnizatoria o asistencial de la figura en comento, variantes estas descartadas por la autora.

No son requisitos para el otorgamiento de la compensación económica ni para la determinación de la cuantía de esta la existencia de hijos, las mayores o menores necesidades del reclamante o el régimen

[1] «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia». Como se ha visto, en el CFS cubano no se entiende que hay compensación económica por solo haber desequilibrio, sino que tiene que deberse a la dedicación y atención del hogar y la familia por parte de uno de los integrantes de la pareja más que por el otro.

[2] «El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez».

económico elegido para disciplinar la vida de la pareja —separación o comunidad de bienes—, aunque no ha de negarse que esos criterios pueden pesar en la subjetividad del juzgador, al decidir el monto de la compensación. Negar tal posibilidad sería un despropósito: Claro que los juzgadores, seres humanos al fin, atravesados por sus propias circunstancias, pondrán sobre la mesa, en el momento de la valoración, si hay hijos que queden al cuidado de quien reclama, si afloran mil y una necesidades, si se ha logrado cierta nivelación del esfuerzo compartido con el reparto equitativo de los bienes comunes, pero esas no son las únicas razones a apreciar; puede suceder que, a pesar de ellas, no exista el desequilibrio manifiesto o persista.

Se pueden delimitar, también, las circunstancias en las que no corresponde la compensación económica: Cuando el divorcio perjudica económicamente a las dos partes y, por tanto, se entiende que se autoanula, o cuando los cónyuges o miembros de la pareja tienen bienes o ingresos propios, que les permitirán mantener, después de la separación, un nivel económico similar al que tenían durante la vida en común. En cualquier caso, el tribunal debe procurar que se cumpla el objetivo de la compensación económica, que es precisamente, evitar que el peso de la ruptura caiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges o unidos.

¿Son válidos los pactos de renuncia o de pago de la compensación, con independencia de si el desequilibrio se produce o no? Es decir, si se ha pactado que se pague y, por ejemplo, se recibe una jugosa herencia, ¿hay que mantener el acuerdo antes adoptado? Si, por el contrario, se pacta no pagar, pero es evidente la situación de desequilibrio, ¿hay que respetar el acuerdo? Ante el primer interrogante, la autora responde rotundamente que no.

¿Se debe extinguir la compensación cuando se accede a un puesto de trabajo en edad próxima a la de jubilación y entender que ha cesado la causa que aconsejó su determinación? Por ejemplo, en el caso de una mujer de 57 años, sin una notable calificación profesional, que había abandonado su trabajo para la atención de la familia y tiene a su cuidado un hijo mayor de edad con discapacidad.

¿Cómo valorar la pasividad o la falta de iniciativa, durante la vida en común, de una persona para mejorar la situación de desventaja en que se coloca?

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

¿Merece una mirada diferente la situación cuando, al liquidar la comunidad matrimonial de bienes, se adjudican bienes suficientes para asegurar la estabilidad económica del beneficiario de la compensación?

¿El nuevo matrimonio o unión de hecho con otra persona debe conducir a la extinción de la compensación ya determinada?

Todos estos interrogantes pueden encontrar respuestas claras, si se han comprendido los elementos analizados, que van a las esencias de la figura de la compensación económica.

IV. CONCLUSIONES

Después de un largo y profundo proceso de discusión y posterior aprobación de un texto normativo, en el que tantas personas centraron sus esperanzas de igualdad y emancipación, en lo que a sus derechos familiares concierne, y que ha significado un salto cuantitativo y cualitativo de dimensiones inmensas en la protección integral de los derechos de todas las personas en el espacio socio-familiar, no queda de otra que impregnarse de la savia que atraviesa sus arterias y beber de sus esencias para reflejarlo en la actuación y la dicción de los juzgadores cubanos; lo contrario pone en peligro de agonía una norma de un calado social y constitucional innegables.

Como se puede constatar, hay algunos asuntos, como la compensación económica que, posiblemente, no tengan una presencia cotidiana en los tribunales, o que se presenten con carácter excepcional, puntual o inusual, pero no por ello deben excluirse de la previsión legislativa; en otros casos, como en la adopción, a pesar de su presencia tradicional, no puede afrontarse desde las mismas miradas. En el primer supuesto, se trata de intentar corregir los desequilibrios económicos que la vida familiar y la dedicación al cuidado de los integrantes del núcleo han provocado, en perjuicio de uno de los cónyuges o integrantes de la pareja, y que, si bien pueden haber quedado solapados u ocultos durante la vida en común, afloran en el momento de la ruptura. En el segundo, la comprensión del verdadero fundamento de la institución le imprime una nota de distinción que la aleja de las clásicas maneras de posicionarse en la toma de decisiones, tan vitales para las niñas y los niños, en atención a su derecho de vivir y crecer en familia.

Para el conocimiento cabal de las nuevas y viejas figuras, se necesita de un proceso de preparación y readaptación a las realidades actuales, y

ahí está el más grande de los retos: Auxiliarse de los principios a los que hay que recurrir, como pautas interpretativas, para el esclarecimiento del sentido de las normas, la solución de las posibles lagunas y la integración, conjugados con los derechos reconocidos, tanto en la CRC como en el propio CFS. Lo más importante es abandonar ideas preconcebidas, alejarse de esquematismos o prejuicios, y abrazar la justicia familiar desde la visión de los derechos de igualdad y no discriminación, pluralidad y presencia de infinitas realidades familiares, responsabilidad, colocarse en la piel del otro, proteger, por encima de todo, el interés de quien está en desventaja en cada específica relación, y respeto, en su más amplia concepción.

El desafío también está en la capacitación permanente e intencionada, en la especialización y la sensibilidad, que solo se logra una vez alcanzado un alto sentido humanista. La labor del juzgador es fecunda y debe bregar por la solución más justa posible, a la cual deberá, sin dudas, acceder mediante un camino en el que debe tender puentes a todos los intervinientes en el proceso de justicia familiar. El llamado es al compromiso, la profesionalidad, la humildad, el servicio a la justicia, la constancia para formarse y actualizarse en Derecho, la predisposición positiva al cambio, el ingenio, forjar la intuición con la experiencia, la rectitud, la honradez, la empatía y el rechazo de la insensibilidad ajena.

La tarea de quienes, desde distintas posiciones, intervienen en el proceso judicial es gigante, nadie lo duda. Pero solo con jueces y juezas sensibles ante el drama del otro, independientes y responsables, dotados de una amplia preparación jurídica, sociológica y humanista, e investidos de gran autoridad e iniciativa en tan elevadísima y cotidiana función, es que el anhelo de justicia social podrá latir.

Ojalá que este sea el primero de varios encuentros desde las páginas de la revista, para compartir los enfoques que abonaron la semilla que germinó en uno de los textos jurídicos que mejor canta a la protección integral e intencionada a las personas y las familias, y que coloca a Cuba a la vanguardia en la materia.

V. REFERENCIAS

Álvarez-Tabío, A. M. (2022). La adopción por integración: causa-fuente sobrevenida de la multiparentalidad. En Pérez y Heras

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

(Dtores.) *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación. La multiparentalidad*. Ediciones Olejnik. 423-447.

Bénabent, A. (2003). *Droit civil. La famille*. Lite.

Chechile, A. (2022). *La compensación económica: su vinculación con los estereotipos de género y las distintas formas de efectivizarlas. Justicia y género: la transversalización de la perspectiva de género en la función judicial*. Red Mujeres para la Justicia.

Código civil español. (Mayo 31, 2017). Boletín Oficial del Estado. Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. www.boe.es

Código civil y comercial de la nación argentina. (2014). Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). En Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*. Naciones Unidas, 93-110.

Decreto-Ley No. 76. (Enero 21, 1984). GOR-E (1), 1-5.

Kemelmajer de Carlucci, A. (Octubre 8, 2014). Las nuevas realidades familiares en el Código civil y comercial argentino de 2014. *La Ley*. http://www.pensamientocivil.com.ar

Ley No. 1289, Código de familia. (Febrero 15, 1975). GOR-O (6), 71-86.

Ley No. 156, Código de las familias. (Septiembre 27, 2022). GOR-O (99), 2893-2995.

Molina de Juan, M. (2017). *Compensaciones económicas en el derecho familiar argentino. Diké* (21), 5-27. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

Shier, H. (2001). *Pathways to participation: Openings, opportunities and obligations. Children & Society*, (15), 2.

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Julio 21, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

DIÁLOGO ENTRE GÉNERO, EMPLEO, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

DIALOGUE AMONG GENDER, EMPLOYMENT, EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION

Dra. Arlen Jahoska Cuadra Núñez

Catedrática, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN Managua); magistrada, Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones, Nicaragua

Código ORCID: 0009-0000-3471-427X

arlencuadradocencia@gmail.com

Resumen

Este trabajo presenta un análisis teórico-conceptual del alcance, la estructura y configuración del principio de igualdad y su relación con otros. Especial énfasis se confiere a la manera en que se desarrollan y operan en la actualidad los principios de igualdad y no discriminación en el ámbito del Derecho del trabajo, desde la realidad de la mujer trabajadora. La discriminación por razón de género en lo laboral se torna una cuestión compleja, debido a la dificultad que se presenta, comúnmente, para la demostración de los hechos en que se funda la acción de aquella. La incorporación del principio de igualdad, como un derecho fundamental laboral inespecífico, aporta especialmente al propósito tutelar del Derecho del trabajo en cuanto a la mujer. Se aprovecha la pertinencia y oportunidad que ofrece la escasa producción doctrinaria sobre esta temática en Nicaragua, para contribuir a la labor investigativa nacional.

Palabras clave: Igualdad; no discriminación; derechos fundamentales; género; derecho del trabajo.

Abstract

This work carries out a theoretical-conceptual analysis of the scope, structure and configuration of the principle of equality and its

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

relationship with other principles. Special emphasis is given to the way in which the principles of equality and non-discrimination are currently developed and operate in the field of labour law, from the perspective of the reality of working women. Discrimination on grounds of gender in the field of labour law has become a complex issue, due to the difficulty commonly encountered in proving the facts on which the discrimination action is based. The incorporation of the principle of equality, as a non-specific fundamental labour right, contributes especially to the purpose of labour law's protection of women. It takes advantage of the relevance and opportunity offered by the scarce doctrinal production on this subject in Nicaragua to contribute to national research work.

Keywords: *Equality; non-discrimination; fundamental rights; gender; labor law.*

Sumario

I. Introducción; II. Principio de igualdad; 2.1. Marco conceptual; 2.2. Relación con otros principios o derechos; 2.2.1. Igualdad y no discriminación; 2.2.2. Igualdad y libertad; 2.2.3. Igualdad y diferencia o equidad; 2.3. Igualdad ante la ley; 2.4. En la relación laboral; 2.5. No discriminación: derecho fundamental laboral inespecífico; 2.6. Discriminación directa e indirecta; III. Conclusiones; IV. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto que la mujer ha experimentado un avance significativo en cuanto a su incorporación al mercado laboral, ello no ha sido sinónimo de la eliminación de las desigualdades; por el contrario, se ha encontrado con nuevas acciones de discriminación hacia ella por el simple hecho de pertenecer a este género, etiquetado como símbolo de debilidad y significado de más gastos para el empleador.

El problema principal de esta investigación radica en la naturalización de las desigualdades laborales por razón de género. Con su realización, se pretende aportar elementos para la necesaria aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito del Derecho del trabajo nicaragüense.

El tema se desarrolla en dos partes. En el inicio, se abordan los fundamentos teóricos sobre el principio de igualdad, su conceptualización y relación con otros, así como las concepciones teóricas con las que se vincula. En la sección siguiente, se trata la igualdad y no discriminación de género, en el ámbito de lo laboral, por considerar que la complejidad existente en esta relación jurídico-social, en sí misma desigual, se acentúa cuando el sujeto en desventaja es la mujer trabajadora.

La pertinencia del presente trabajo investigativo se da frente al vacío de estudios doctrinales en el contexto jurídico-laboral nicaragüense, referidos al principio de igualdad y no discriminación por razones de género, en los que se vislumbra apenas una leve incursión en este entorno.

Se espera que lo planteado resulte de utilidad por el aporte de nuevos criterios sobre una problemática plagada de ideas consagradas —que, sin embargo, no son inmutables, como no lo es la realidad que las originó—, algunas de ellas con determinadas falencias originarias y otras que las han adquirido producto de los cambios posteriores a su elaboración.

En este texto se emplea, fundamentalmente, la técnica documental; las fuentes consultadas (primarias y secundarias) han permitido la recopilación de la información necesaria para demostrar la importancia y pertinencia del tema analizado. Se han examinado libros, artículos de revistas científicas, documentos oficiales de instituciones públicas y privadas... que interpretan otros trabajos o investigaciones.

II. PRINCIPIO DE IGUALDAD

2.1. Marco conceptual

La Real Academia Española (RAE) (2017) entiende la *igualdad* como el «principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones». Claramente, la definición carece de enfoque de género, lo que no es extraño en la labor de la RAE, pero la idea que interesa en este momento, como punto de partida, es la de «equiparación en derechos y obligaciones».

La igualdad también es un precepto histórico cuya concepción ha venido cambiando con la transformación de los tiempos. En consideración de Pérez Portilla (2002):

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> El estudio sobre la igualdad comienza con Platón y Aristóteles; este último, con notable éxito a lo largo de la historia señaló: «parece que la justicia consiste en igualdad, y es así, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales». (p. 8)

El principio de igualdad es uno de los valores más importantes reconocidos por la comunidad internacional y constituye la piedra angular de la teoría de los derechos humanos. Su importancia radica en que garantiza derechos y limita privilegios, con lo que favorece el desarrollo igualitario de la sociedad.

Las personas deben ser consideradas iguales entre sí y tratadas como tal, respecto de aquellas cualidades que constituyen la esencia del ser humano y su naturaleza, como dignidad, libre uso de la razón y capacidad jurídica.

De acuerdo con la CNDHM (2012), el principio de igualdad establece que todas las personas tienen los mismos derechos, y comprende la necesidad de crear las condiciones ideales para que quienes se encuentren en una situación de desigualdad tengan garantizado el disfrute de aquellos y las libertades fundamentales (p. 14).

De acuerdo con Nogueira Alcalá (2006), el principio de igualdad, además de ser histórico y cambiante con el tiempo, es relacional porque esta y la desigualdad se expresan en los vínculos entre las personas. Este autor reconoce que la diferenciación no puede justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión filosófica o política. En otras palabras, la igualdad, desde una perspectiva normativa, significa que, en todos los aspectos relevantes, las personas deben ser tratadas y consideradas de igual manera.

Pero cuando a un ser humano se le niega el derecho a la igualdad, surge la problemática de la discriminación, la que, para la CNDHM (2012) significa «seleccionar excluyendo; esto es, dar un trato de inferioridad a personas o a grupos, a causa de su origen étnico o nacional, religión, edad, género, opiniones, preferencias políticas y sexuales, condiciones de salud, discapacidades, estado civil u otra causa» (p. 13).

El principio de no discriminación surge como uno de los derechos básicos del ser humano, íntimamente relacionado con el principio de igualdad,

que prohíbe toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o arbitrarios.

2.2. Relación con otros principios o derechos

2.2.1. Igualdad y no discriminación

La igualdad y la no discriminación son principios básicos de las normas internacionales de derechos humanos; cada Estado miembro de la ONU y suscriptor del amplio abanico de instrumentos internacionales al respecto está llamado a poner en práctica acciones que apunten a la eliminación de aquella, la prevalencia del derecho a la no discriminación y el respeto total al principio de igualdad.

Como bien lo expone la CNDHM (2012), la no discriminación es un derecho que «[…] forma parte del principio de igualdad y protege a las personas de ser discriminadas por cualquier motivo; su fundamento es la dignidad humana» (p. 14).

La *no discriminación* es una condición para la *igualdad* y esta, a su vez, es una manifestación de la *justicia*. La no discriminación y la igualdad son, entonces, principios que responden a la justicia como un valor ético.

Puede llegar a cometerse un error en la interpretación de la relación entre igualdad y no discriminación, si se asume que, al responder ambas a la *dignidad* —otro valor ético—, la segunda constituye un principio al mismo nivel que la primera y, por consiguiente, no derivado de esta.

Sin embargo, la relación entre estos cuatro conceptos es más complicada de lo que parece a primera vista, ya que la justicia es también condición para la dignidad y, por tanto, se deriva de esta, del mismo modo que la no discriminación proviene de la igualdad, que es, como se ha dicho, una manifestación específica de la justicia, por lo cual, si bien es cierto que la no discriminación tiene, como razón de ser última, la dignidad, esto es así, precisamente, porque además responde a la igualdad y esta a la justicia, que es condición para la dignidad.

En el preámbulo de la DUDH (1948) se señala que «[...] la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana» (s.p.). En consideración de la OACNU (2008), esto constituye la «[...] primera afirmación, que sigue siendo la

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

más importante, de los derechos y libertadas para todos nosotros como seres humanos, sin distinción de ningún tipo» (p. 1).

La manera en que la no discriminación hace posible la igualdad —manifestación de la justicia y condición esta última del respeto a la dignidad humana— es impidiendo la desigualdad subjetivamente propiciada, como acto de injusticia distinto a la desigualdad objetiva, que no depende de la voluntad de nadie y cuyo reconocimiento lleva a la discriminación positiva.

Urteaga Olano (2009) expone que

> […] la discriminación positiva es el instrumento clave de una política de reducción de las desigualdades entre los diferentes grupos sociales. Pretende promover una mayor igualdad de hecho o, por lo menos, garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades. En la medida en que obedece a una lógica de compensación de una diferencia de desarrollo económico, social y cultural, supone, más que un tratamiento diferenciado, la instauración de un verdadero trato preferente. (p. 181)

La discriminación positiva se entiende, entonces, como una especificidad del principio de la no discriminación, que responde a la equidad, entendida como aquel principio político mediante el cual se realiza la igualdad, de acuerdo con la clasificación de Valcárcel (1993, p. 34). Cuando se habla de equidad se quiere significar que la igualdad, en tanto manifestación de la justicia, obliga a no tratar como iguales a los objetivamente desiguales.

Bayefsky (1990), al citar a varios autores, tales como Fawcett (1969), Ramcharan y Henkin (1981), Warwick y McKean (1983) y Dinstein (1985), manifiesta que, en su opinión, «[…] la igualdad y la no discriminación representan la declaración positiva y negativa de un mismo principio» (p. 2).

Una referencia interesante se encuentra en el expediente de queja 77/08-SE, 2016, citado por Castro Castro (2017), en el que se expone un criterio muy parecido al de Bayefsky (1990), con el cual concuerda la autora, y que literalmente enuncia:

> En el pasado, el Derecho Humano a la no discriminación fue considerado como el aspecto negativo del derecho a la igualdad, de modo que cualquier transgresión a este derecho era apreciada como discriminatoria; no obstante, en la actualidad

> la consagración constitucional de estos derechos por separado en nuestra legislación demuestra notoriamente el carácter autónomo de esta prohibición y las consecuencias diversas que producen. El derecho a la igualdad y el Derecho Humano a la no discriminación son concepciones diferentes, que solo guardan relación de género (igualdad) a especie (prohibición de discriminación). Por lo tanto, se evidencia que no toda vulneración del derecho a la igualdad constituye un acto discriminatorio, pero toda vulneración del derecho a la no discriminación sí constituye una afectación al derecho a la igualdad. (p. 20)

2.2.2. Igualdad y libertad

Estos son dos derechos fundamentales básicos que, para Juárez (2007), no tienen contradicción alguna. Este autor basa su criterio en la opinión del constitucionalista alemán Kriele (1980), quien expresa que «el establecimiento de la igualdad no significa otra cosa que el establecimiento de la libertad [...]» (p. 19).

En opinión de Fernández (2006), continuamente se ha planteado:

> [...] Una pugna entre libertad e igualdad, buscando la primacía de una sobre otra. Generando la competencia entre ambas y consiguiendo frenar los avances para los colectivos más afectados por la desigualdad como las mujeres. Quizás perdiendo la perspectiva de que los derechos no pueden competir sino colaborar, complementarse, creando una simbiosis entre ambos que será la base para la evolución, para el cambio. (s.p.)

Se suma, en la misma posición, Capella (2001), quien manifiesta que

> la libertad y la igualdad, correctamente entendidas, no son conceptos opuestos ni contradictorios. Si se considera que la ética es el conjunto universal de normas adecuadas para la supervivencia, el desarrollo y la felicidad de los seres humanos, resulta entonces que la idea de libertad se basa en la idea de igualdad. (s.p.)

Al igual que los doctrinarios analizados, esta investigación se une al criterio que considera que la libertad es un derecho que va tomado de la mano de la igualdad. En el ámbito laboral, el hecho de que se respete la igualdad conlleva al ejercicio pleno de la libertad y los límites que esta contiene, por su naturaleza.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

2.2.3. Igualdad y diferencia o equidad

Ferrajoli (2005) hace referencia a la relación entre derecho y diferencia, en el marco de la necesidad del trato diferente a los diferentes, como un principio del derecho, que es el conocido como de equidad, cuya finalidad es la realización del de igualdad (p. 37).

La equidad significa que cada uno reciba lo que le corresponde o lo que merece. La igualdad, en cambio, implica recibir el mismo trato sin considerar las diferencias, pues es tener idénticos derechos ante la ley; el derecho humano a la igualdad va siempre aparejado a la no discriminación.

Ferrajoli (2005) describe cuatro modelos de diferencias: 1) Indiferencia jurídica, en el que aquellas, simplemente, se ignoran; 2) Las diferencias se asumen como estatus discriminatorios, en perjuicio de quienes poseen determinadas características; 3) Homologación jurídica de las diferencias, las cuales resultan devaluadas e ignoradas, en nombre de una abstracta afirmación de igualdad; y 4) Configuración jurídica de las diferencias —para él, el más avanzado—, a las que se les otorga igual valoración, con base en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales civiles y políticos, de libertad y sociales (p. 75).

En relación con el tercer modelo propuesto por Ferrajoli (2005), la autora considera que se vive en sociedades cuya legislación supone patrones de igualdad inexistentes entre los géneros y entre las clases sociales, razón por la cual se ha hecho el planteamiento del trato desigual en lo jurisdiccional (tutela judicial), llevado a la práctica arbitral propia de dicha función, en oposición al principio de imparcialidad, pero no al de objetividad que da sentido a este, ni al de imparcialidad en su aspecto subjetivo.

2.3. Igualdad ante la ley

Habiendo planteado las distintas vinculaciones de la igualdad con otros principios y derechos, es imprescindible definir aquella en su dimensión formal, que reconoce que todas las personas deben ser tratadas de la misma manera en el plano normativo.

Chappuis Cardich (1994) brinda una definición significativa, al señalar que

> […] se trata de un principio fundamental reconocido por la Constitución, por el cual todos los individuos que formamos parte de

> una colectividad participamos de los mismos derechos y de las mismas obligaciones, y por lo tanto no podemos ser tratados desigualmente. (p. 15)

Esta autora analiza el derecho a la igualdad ante la ley, a partir de la constatación de que los individuos no son iguales y, por ello, la legislación los trata de manera distinta, pero se debe distinguir entre el trato diferenciado a los desiguales y el discriminatorio. El primero no atenta contra el principio constitucional, mientras que el segundo es ilegal, pues menoscaba la igualdad.

En Nicaragua, el principio de igualdad ante la ley se encuentra constitucionalizado en el Artículo 27 de la Constitución Política, el cual, literalmente, enuncia que «todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión económica o condición social» (*La Gaceta Diario Oficial* No. 181, 2022, s.p).

Del texto constitucional se desprenden cuatro acepciones interpretativas de la igualdad, la que debe ser entendida como: valor superior del ordenamiento jurídico normativo, principio jurídico o mandato de optimización, derecho fundamental y derecho revestido de tutela judicial efectiva.

En palabras de Aráuz Ulloa (1999), «este precepto enuncia una norma jurídica compleja que contiene, por un lado, un principio general: Todos los nicaragüenses son iguales ante la ley y, tras él, una prohibición de discriminación en razón de circunstancias concretas (raza, sexo, etc.)» (p. 59).

El mismo autor continúa diciendo:

> Cabe distinguir, en consecuencia, entre un derecho a la igualdad en la ley, como derecho frente al legislador, o más propiamente frente al poder que emana de la norma, y un derecho a la igualdad ante la ley o en la aplicación de ésta. (p. 59)

En opinión de Prieto Sanchís (1995), «[…] el logro de la igualdad real consiste precisamente en operar diferenciaciones de tratamiento normativo a fin de compensar por vía jurídica una previa desigualdad fáctica» (p. 30).

De lo planteado aquí se deduce la diferencia entre la igualdad en la ley y la igualdad ante ella. La primera es, en realidad, la equidad, mientras

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

que la segunda es la igualdad formal, es decir, que todos los individuos deben sujetarse a la misma ley, aunque no todos sean tratados por esta de igual manera, debido a las desigualdades objetivas entre ellos.

En materia de Derecho del trabajo, ocurre que la relación laboral se basa en una desigualdad material por excelencia, en la que una de las partes ejerce un poder de control y jerarquía sobre la otra. Se trata de una relación de poder, cuya esencia es la dominación de una de las partes, tal como ha ocurrido históricamente en las relaciones de género.

Debe entenderse entonces que, dentro de la búsqueda de la igualdad material, es posible la implementación de tratos diferenciados y discriminación positiva como una manera de materializar ese derecho en la aplicación de la ley, y que el Derecho del trabajo se constituye como un ámbito especialmente favorable para el estudio del trato diferenciado a los desiguales, entendido como el derecho a no ser discriminado por ninguna razón, con respecto a lo cual y para efectos del presente estudio, será contemplada, principalmente, la no discriminación por razones de género.

La discriminación positiva o la acción afirmativa se compone por aquellas medidas legales, administrativas o prácticas, dirigidas a reducir o, idealmente, eliminar las prácticas discriminatorias en contra de grupos sociales históricamente excluidos, como lo han sido las mujeres, que no son realmente un sector poblacional, sino la mitad de la humanidad.

2.4. En la relación laboral

Hasta hace algunos años, la mujer mantenía una fuerte sumisión hacia el hombre y era relegada al ámbito privado, considerada incluso como un ser inferior, cuyas funciones se reducían a ser madre, criar a los hijos y hacer las labores domésticas; todo cuanto ella podía realizar se resumía al hogar. Es decir, al hombre se le ha asignaba un rol productivo y a la mujer un rol reproductivo.

Sin embargo, la Segunda Guerra Mundial marcó un hito en la situación de la mujer, principalmente en Europa y Estados Unidos, cuando los hombres fueron llamados a pelear y se abrieron nuevas oportunidades para ellas. Cazés (1996) narra:

> Los trabajos que se consideraban exclusivamente masculinos [...] podían ser ejercidos por las mujeres, millones de mujeres tuvieron la oportunidad de integrarse a empleos y descubrieron que

> podían realizar las mismas tareas productivas que sus padres, hermanos, maridos e hijos. (p. 16)

Aun cuando todo fue temporal, pues al regreso de los hombres de la guerra muchas fueron desplazadas de sus empleos; esto fue la génesis del despertar laboral de la mujer; si bien es cierto que algunas regresaron a su rol en el hogar, también lo es que otras, desde ese momento, emprendieron la lucha por el reconocimiento de la igualdad de derechos y oportunidades, tanto en el ámbito privado o familiar, como en el público o laboral.

Con la creación de la ONU comienzan a darse acciones encaminadas a llevar tales preocupaciones más allá de sus países de origen. La suscripción de la Carta de la ONU, que entró en vigor el 24 de octubre de 1945, significó que la comunidad internacional aceptaba la responsabilidad de promover la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. A partir de la firma de dicho instrumento internacional, se han adoptado convenciones y declaraciones relacionadas con los distintos temas que atañen a estas últimas y que buscan dar soluciones a las desigualdades y la discriminación, aún existente.

Soto Muñoz (2007), citando a Bellucci (1992), expone que «en este clima de desigualdad surge [...] principalmente en Estados Unidos y Europa la denominada 'Segunda ola del movimiento feminista'» (p. 14). Y la misma autora señala que, dentro de dicho movimiento, se articulan varias vertientes y cada una concibe los problemas de las mujeres de forma particular, pero de todas las mencionadas, llama la atención —por su estrecha relación con el presente artículo— la que Soto Muñoz (2007) describe como «feminismo socialista», que como ella expone:

> [...] planteaba que la opresión de las mujeres se daba no solo en el terreno de lo sexual sino también en lo económico porque el capitalismo traía consigo la explotación de las mujeres en el ámbito doméstico y en el laboral y una división sexual del trabajo que era profundamente desigual. (p. 15)

Con la rebelión de la mujer y su incorporación al ámbito público, en la esferal laboral, venía la discriminación por razón del género, que se expresa de distintas formas, desde la obtención de un salario más bajo, en comparación con el que recibían los hombres, hasta los criterios de contratación, los que eran ajustados para lograr más contratación masculina que femenina, con el argumento de que las responsabili-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

dades familiares de las mujeres eran un verdadero obstáculo para que estas desempeñasen sus funciones laborales con la calidad requerida.

Pese a que, desde hace muchos años, las mujeres han mantenido una lucha constante por la reivindicación de sus derechos, incluido el de no discriminación por razón de género, estas prácticas siguen persistiendo. Luz Vega (2008) señala que «la discriminación laboral por motivos de género, o sexo, continúa hoy en día siendo la más extendida en todo el mundo, a pesar de que la incorporación de la mujer al trabajo ha aumentado considerablemente [...]» (p. 37).

El hecho de que aumente la incorporación de las mujeres al mercado laboral no significa que la discriminación hacia ellas disminuya, pues tal como señala Álvarez de Lara (2010), la feminización de los mercados de trabajo no ha implicado la desaparición de las condiciones de discriminación; por el contrario, se han incrementado las dificultades que tienen ellas para realizar un trabajo fuera del ámbito doméstico.

2.5. No discriminación: derecho fundamental laboral inespecífico

Referirse a la no discriminación en el ámbito del Derecho del trabajo implica hacer mención, como mínimo, a los llamados derechos fundamentales específicos e inespecíficos del trabajador, y su eficacia horizontal.

Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos humanos considerados esenciales, universales, exigibles frente al Estado y entre particulares, revestidos de una tutela especial o, en palabras de García Palacios (2011), el «[...] núcleo fuerte de una Constitución [...] que sirve de fundamento básico a la democracia [...]. Son derechos que vinculan a los poderes públicos y sirven de límite al legislador, condicionan tanto [a este] como a los aplicadores del Derecho» (p. 166).

En el Derecho del trabajo se desarrolló un proceso, no exclusivo de esta materia, cuyo resultado fue el reconocimiento de la existencia de derechos laborales fundamentales: su constitucionalización, con la aparición del Estado Social de Derecho y la incorporación de los derechos sociales en la esfera de los derechos fundamentales.

Entre los derechos sociales se encuentran los del trabajo. Existe cierta complejidad en cuanto al estudio de los derechos fundamentales de

orden laboral, debido a que en la doctrina laboralista no hay consenso en cuanto a cuáles incluir como tales.

A pesar de esta limitación teórica, se ha logrado distinguir entre los derechos fundamentales laborales, de una parte, aquellos cuya naturaleza está estrictamente vinculada con la relación laboral, a los que se denomina *específicos* y, de la otra, los que Palomeque y Álvarez de la Rosa (2001) definen en el sentido de que

> son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos. (p. 148)

Pasco Cosmópolis (2012) agrega que los derechos fundamentales inespecíficos

> […] pueden igualmente ser ejercitados por y entre los sujetos de las relaciones de trabajo. Son derechos de carácter general, atribuidos a todos los ciudadanos y que son ejercitados por ellos dentro de una relación laboral. Son ciudadanos que, al mismo tiempo y naturalmente son trabajadores y, por lo tanto, esos derechos que en su origen no son estrictamente laborales se convierten en derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se ejercen. (p. 21)

Se debe entender, entonces, que la libertad, en sus diferentes manifestaciones, se encuentra entre esos derechos inespecíficos, comprendidas la de culto, la de empresa, la integridad moral y la dignidad humana; esto debido a la estrecha relación entre tales conceptos, sin que por ello deban tomarse como sinónimos. Por tanto, el derecho a no ser discriminado, a la igualdad de trato y todo lo que encierra este principio, desde su perspectiva material, entra en el grupo de los derechos fundamentales laborales inespecíficos.

Para Nogueira Alcalá (2006), «[...] la prohibición de diferenciar con respecto a aspectos subjetivos de la persona constituye un límite a la función legislativa, ejecutiva y judicial, como, asimismo, a la autonomía privada» (p. 804). Sin embargo, con respecto a los destinatarios, la interdicción de discriminación tiene como tales, por una parte, a los poderes públicos y, por otra, a los sujetos privados, de lo cual se desprende que aquella se impone no solo frente al Estado, sino que debe

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

estar contemplada en los convenios colectivos que se celebran entre empleadores y trabajadores, en los contratos de trabajo individuales y en las propias decisiones empresariales.

Para este autor, citando a Bilbaos Ubillos y Rey Martínez (2003), la discriminación sería

> un ataque o conducta desviada más profunda que la mera diferencia sin fundamento, sería una distinción manifiestamente contraria a la dignidad humana, fundada en un prejuicio negativo, por el cual se trata a los miembros de un grupo como seres diferentes y, eventualmente, inferiores, siendo el motivo de distinción odioso e inaceptable por la humillación que implica a quienes son marginados por la aplicación de dicha discriminación. (p. 807)

De manera que, para poder comprender de un modo más integral, no solo la definición de derechos laborales fundamentales inespecíficos, sino también la determinación y ubicación de la no discriminación como uno de ellos, desde la perspectiva del Derecho del trabajo, es menester traer a colación la clasificación que hace Ugarte Cataldo (2007) de los derechos laborales en general:

> Los derechos laborales propiamente tales (salarios mínimos, jornada de trabajo, indemnizaciones por término de contrato), atribuidos al trabajador como contratante débil, que ha permitido asegurar un mínimo socialmente aceptable para los trabajadores. Los Derechos Fundamentales específicos (libertad sindical, derecho de negociación colectiva, huelga) atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses, que han permitido al Derecho del trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad. Los Derechos Fundamentales inespecíficos (intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación), atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, han permitido al Derecho del trabajo garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática. (p. 52)

La no discriminación es, pues, un derecho derivado del principio de igualdad, que le persigue y procura, inherente a la condición humana, lo que lo convierte en un derecho fundamental, que cuando incursiona en la relación laboral, por cualquier motivo —género, edad, raza,

religión, nacionalidad, etc.—, se convierte en un derecho fundamental laboral inespecífico.

2.6. Discriminación directa e indirecta

La comprensión de los tipos de discriminación que pueden presentarse resulta de suma importancia para comprender la valoración de la jurisprudencia nacional sobre ciertos casos laborales en materia de discriminación por razones de género.

Una de las dos fuentes originarias de desigualdades objetivas es la dominación de género, que provoca diferencias entre mujeres y hombres, producto de la realidad patriarcal del sistema global en el que vive la humanidad. Esta es la razón principal de haber escogido, para el análisis del tema de la discriminación dentro de la relación laboral, aquella que se presenta por razones de género, cuya relación con el principio de igualdad se deja sentada en la primera parte de esta investigación.

Aclarado lo que antecede, es importante detenerse en lo planteado por Torres Falcón (2005), para quien

> la discriminación es un fenómeno social de grandes dimensiones, cuyos efectos y consecuencias se advierten en todo el entramado social y en los diversos órdenes de la vida. Es un problema de Derechos Humanos que deriva de la naturalidad con la que se han incorporado, en el imaginario social, el cuerpo legislativo y el quehacer político, las diferentes exclusiones en las que se edifica la noción misma de tales prerrogativas básicas. (p. 77)

La autora coincide con Torres Falcón (2005) cuando señala que «la discriminación de género se verifica en todos los aspectos de la vida cotidiana, a veces de una manera directa y contundente, y muchas otras sutil y casi invisible» (p. 77). Es precisamente de esa distinción que nace la diferenciación entre discriminación directa e indirecta.

Nogueira Alcalá (2006), citando a Añón (2001), reseña la definición ofrecida por el Tribunal Constitucional de España, en la que clasifica la discriminación en directa o indirecta, en dependencia del nivel en que esta opera:

> La discriminación directa la define el Tribunal Constitucional español como aquel tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde este sea objeto de consideración directa, siendo

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> la intención la que califica a esta discriminación. La misma sentencia precisa que la discriminación indirecta (*disparate impact*) es aquella en que la diferencia de trato es formalmente correcta y no aparece directamente vinculada al sexo, pero genera unas consecuencias discriminatorias sobre un concreto colectivo por razón de su sexo, siendo el resultado lo que califica esta discriminación. (p. 88)

Godínez Vargas (2010) también considera que la discriminación en el empleo puede ser directa o indirecta; sobre la primera señala:

> La discriminación directa existe cuando la legislación, la reglamentación o la práctica cita explícitamente un motivo específico, como el sexo, la raza, etc. para negar la igualdad de oportunidades. Por ejemplo, si una mujer, y no un marido debe obtener el consentimiento del cónyuge para solicitar un préstamo o un pasaporte necesario para iniciar una actividad laboral, se trataría de una discriminación directa por motivo de sexo. (p. 101)

Y, en cuanto a la segunda, plantea:

> La discriminación indirecta ocurre cuando la reglamentación o la práctica son aparentemente neutrales, pero en la práctica llevan a la exclusión. Por ejemplo, exigir que los postulantes a un trabajo tengan cierta altura podría excluir de una manera desproporcionada a las mujeres y a los miembros de ciertos grupos étnicos. A menos que una altura específica sea absolutamente necesaria para realizar la tarea considerada, esto sería un ejemplo de discriminación indirecta. (p. 101)

Sobre la temática tratada en este apartado, Aguilera Rull (2007) realiza un interesante análisis, basado en los casos español y alemán. En palabras de la autora, ambos tribunales constitucionales aseguran que se presenta discriminación directa cuando se ofrece un trato menos favorable a una persona que se encuentra en igual condición que otra. Para entender el fundamento de esta afirmación es necesario comprender que dicha categoría alude a la existencia de una situación comparable, para poder probar el supuesto acto discriminatorio. Es decir, en el caso del despido disciplinario, atribuible a un comportamiento o relacionado con una cualificación de la presunta víctima, no bastaría demostrar que el resto de los trabajadores no fue despedido, sino que sería necesario establecer una comparación con una tercera persona que haya presentado el mismo comportamiento o uno similar, o que tenga una cualifi-

cación análoga, y establecer los indicios de que, aun habiendo incurrido en el mismo comportamiento objeto de la medida disciplinaria, no fue despedido.

Lo anterior queda mejor explicado por el Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones de Nicaragua (TNLA), última instancia en materia laboral en este país, cuando, al pronunciar la sentencia No. 70, de 1.º de marzo de 2012 (registrada en el Libro de numeración de resoluciones del TNLA), sobre discriminación, al momento de finalizar la relación laboral, razona así:

> La actora es una mujer que demanda indemnización especial que por políticas de la empresa donde trabajaba (Banco del éxito S.A, BANEX) a partir de acuerdo tomado por su junta directiva, deciden que todo cargo de confianza recibirá aun en casos de renuncia una indemnización de hasta 6 meses de salario. Para hacer efectivo este acuerdo de Junta Directiva, elabora una lista en donde se excluye el cargo de la actora que es el de gerente de negocios. La empresa alega que la denominación del cargo de gerencia de negocios no es de confianza y alude como fundamento el artículo 7 del Código del Trabajo (CT) que en su parte medular afirma que la naturaleza del cargo y las funciones que se realizan son las que determinarán si un cargo es de confianza y su no denominación como tal.

El juez de primera instancia requirió al BANEX para que exhibiera el expediente laboral de otro trabajador que, siendo gerente y habiendo terminado la relación laboral mediante renuncia, al igual que la actora, recibió indemnización por cargo de confianza.

En diligencias posteriores, el TNLA deja establecido que no es simple manifestar que se trata de un cargo de confianza y que la demandante no pudo probar si, efectivamente, fue obligada a renunciar, pero que, a pesar de ello, el Artículo 7 del CT, aducido por la empresa, es la base fundamental para darle la razón en todo caso a la actora, respecto a la naturaleza de su cargo, que es declarado como cargo de confianza por el tribunal.

Analiza el TNLA que, por la vía de la presunción legal, se determinó que la actora dice la verdad cuando alega que, a otro trabajador en sus mismas condiciones, con la misma categoría y la misma manera de terminar la relación laboral, entiéndase la renuncia, se le otorga un derecho que a ella le es negado. Con esto se configura lo que doctrinarios como Millán

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Bartolomé y Díez Millán (1999) y Beneyto Calabuig, Herrero Guillem y Prados de Solís (2007) abordan como el elemento comparativo, que sirve para determinar el acto discriminatorio.

En la referida sentencia, se invoca el Artículo 27 de la Constitución de Nicaragua (1987) para declarar un acto de discriminación, en el que se atenta contra el principio de igualdad, protegido en la Carta Magna nicaragüense y, a la vez, se emplea el Convenio No.111 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación.

Según el CT, los cargos de confianza están eximidos del reclamo de reintegro. El Artículo 46 del CT establece una indemnización que equivale a la demostración de un despido violatorio. En el caso de autos, no pudo ser probado que la renuncia de la actora respondiera a las actitudes hostiles alegadas por ella por parte de la empresa. Sin embargo, la indemnización reclamada no responde a los actos violatorios, sino a una política empresarial, probada por la vía de la presunción, que otorgaba la indemnización a otro trabajador que ostentaba un cargo similar y que había terminado la relación laboral por renuncia.

A pesar de que esta sentencia se fundamentó en el Artículo 24 de la Constitución de Nicaragua (1987), y en un convenio internacional referido a la discriminación, le faltó invocar todas aquellas normas referidas a la discriminación por razones de género, que se encuentran contenidas en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales.

Fue acertado declarar la discriminación; pero, en el criterio de la autora, los elementos alegados en cuanto a ella fueron insuficientes, pues no debió dejarse a un lado un dato comparativo tan relevante, entre los sujetos analizados, como el género. No se excluye de la política a cualquier trabajador, sino a una mujer, sin razones plausibles para tal distinción, elemento que conlleva a una discriminación por razones de género.

III. CONCLUSIONES

La no discriminación, indispensable para la igualdad, requiere del trato diferenciado a quienes son, objetivamente, distintos, lo que, a su vez, responde al principio de equidad, imprescindible para realizar el de igualdad, que tiene como razón de ser la justicia —dar a cada quien lo suyo, según parámetros previamente definidos.

La cuestión de fondo radica en determinar qué parámetros se toman en cuenta y los criterios sobre cuya base se definen.

La igualdad de género requiere de la equidad, la no discriminación y la acción afirmativa. No cabe hablar de desigualdad ni de discriminación por sexo, sino por género.

Las mujeres han venido ganando espacios dentro del mercado laboral, tanto político como económico, pero eso no supera las desigualdades a las que deben enfrentarse, por lo que es necesario la tutela judicial efectiva de los principios de igualdad y no discriminación, desde la legislación hasta la práctica, abarcados todos los sectores que las integran.

Igualdad y libertad son conceptos susceptibles de contradicción, pero no necesariamente contradictorios. La realización de uno requiere la del otro. La eventual oposición entre ambos estará en dependencia de los intereses que prevalezcan en la definición del régimen político-jurídico y socioeconómico.

La igualdad ante la ley tiene carácter genérico; la igualdad en la ley es realizada por medio de la equidad.

En Nicaragua, existen instancias jurisdiccionales que pueden servir de instrumentos para garantizar la tutela de los derechos laborales fundamentales inespecíficos, incluida la no discriminación por razones de género, en el ámbito del trabajo. Este mecanismo puede contribuir, además, a establecer la vinculación de los diversos principios relacionados con la problemática de la desigualdad y, con ello, propiciar la superación de esta.

IV. REFERENCIAS

Aguilera Rull, A. (2007). *Discriminación directa e indirecta: Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*. Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra.

Álvarez de Lara, R. M. (2010). Democracia y derechos de las mujeres. http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23376.pdf

Aráuz Ulloa, M. (1999). El principio de igualdad: la igualdad ante la ley. En Saballos, E. (Rev.). *Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*, 55-63. Hispamer.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1945). Carta de las Naciones Unidas. http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración universal de los derechos humanos (DUDH), Resolución 217 A (III). http://www.un.org/es/documents/udhr/

Bayefsky, A. F. (1990). El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional. *Human Rights Law Journal, 11*(1-2), 1-34.

Capella, F. (2001). Libertad e igualdad. http://www.libertaddigital.com/opinion/ideas/libertad-e-igualdad-964.html

Castro Castro, M. F. (2017). *El despido injustificado del trabajador por discriminación y la vulneración del derecho al trabajo en la legislación ecuatoriana*. Universidad Técnica de Machala.

Cazés, D. (1996). *La perspectiva de género: guía para diseñar, poner en marcha, dar seguimiento y evaluar proyectos de investigación y acciones públicas y civiles*. Consejo Nacional de Población.

Chappuis Cardich, J. (1994). La igualdad ante la ley. *Themis*, (29). https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109877.pdf

Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. (2012). La discriminación y el derecho a la no discriminación. http://familiasysexualidades.inmujeres.gob.mx/pdf/2_Cartilla_Discriminacion.pdf

Constitución Política de la República de Nicaragua con sus reformas incorporadas. *La Gaceta Diario Oficial*, No. 181, del 28 de septiembre de 2022. http://legislacion.asamblea.gob.ni/normweb.nsf/bbe90a5bb646d50906257265005d21f8/8339762d0f427a1c062573080055fa46?OpenDocument

Fernández, M. (2006). Igualdad y libertad. http://www.diariocordoba.com/noticias/opinion/igualdad-libertad_236314.html

Ferrajoli, L. (2005). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.

García Palacios, O. (2011). *Curso de Derecho Constitucional*. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2011/09/Curso-de-derecho-constitucional.pdf

Godínez Vargas, A. (2010). La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. *Real Card*, (2),101-116.

Juárez, M. S. (2007). *Igualdad y acciones afirmativas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ley No. 185, Código del Trabajo de Nicaragua. *La Gaceta Diario Oficial*, No. 205, del 30 de octubre de 1996.

Luz Vega, M. (2008). Igualdad y no discriminación por razones de género: una visión jurídica. http://www.trabajo.gob.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2009n06_revistaDeTrabajo/2009n06_a02_mlVega.pdf

Nogueira Alcalá, H. (2006). El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2449/AD-10-41.pdf?sequence=1

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2008). Inicio oficial de la conmemoración del 60.º aniversario de la Declaración universal de derechos humanos. http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/60UDHR/HRD07infokitSP.pdf

Palomeque López, M. C. y Álvarez de la Rosa, M. (2001). *Derecho del trabajo* (9.ª ed.). Universitaria.

Pasco Cosmópolis, M. (2012). Los derechos laborales inespecíficos. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3(5). https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/download/42978/44918

Pérez Portilla, K. (2002). *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Prieto Sanchís, L. (septiembre-diciembre 1995). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1065762

Real Academia Española (RAE). (2017). *Diccionario de la lengua española (23.ª ed.)*. https://dle.rae.es/igualdad?m=form

Soto Muñoz, S. D. (2007). *Los feminicidios de Ciudad Juárez en el marco de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* [tesis de pregrado. Universidad de las Américas].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Torres Falcón, M. (Noviembre-diciembre, 2005). Género y discriminación. *El Cotidiano*, (134). http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32513410

Ugarte Cataldo, J. (2007). La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. *Revista de Derecho, 20*(2), 49-67. http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art03.pdf

Urteaga Olano, E. (Octubre-diciembre, 2009). Las políticas de discriminación positiva. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época, (146), 181-213.

Valcárcel, A. (1993). Del miedo a la igualdad. Crítica. https://ameliavalcarcel.com/wp-content/uploads/2015/09/del-miedo-a-la-igualdad1.pdf

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Julio 1.º, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: APUNTES PARA UN ENFOQUE NECESARIO

JUDGING WITH A GENDER PERSPECTIVE: NOTES FOR A NECESSARY APPROACH

Esp. Maryla Anna Pérez Bernal

Magistrada, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, Tribunal Supremo Popular, Cuba

Código ORCID: 0009-0005-1052-3491

maryla@tsp.gob.cu

Resumen

La Estrategia del Sistema de Tribunales de Justicia para la incorporación de la perspectiva de género, y la prevención y atención de la violencia basada en este en la impartición de justicia, en la etapa 2022-2030, demanda disímiles modos de actuación judicial al asumir los retos institucionales que supone. El trabajo sistematiza las nociones específicas que contribuyen a la incorporación de dicha perspectiva en el juzgamiento. Se parte de entender el género como categoría de análisis y de poner en claro su utilidad práctica en el diagnóstico diferencial de situaciones de discriminación, desigualdad y violencia basadas en él. Pueden leerse en el trabajo los inconvenientes asociados a la adopción de este enfoque en la práctica judicial y algunas pautas concretas para proceder. Con el propósito de hacerlo más asequible se ejemplifica, a partir de dos situaciones puntuales.

Palabras clave: Juzgar con enfoque de género; igualdad y no discriminación; tutela judicial efectiva.

Abstract

The Court system strategy for gender mainstreaming, and the prevention and attention of gender-based violence in the delivery of justice, for the 2022-2030 phase, demands dissimilar modes

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

of judicial action to assume the institutional challenges involved. The text aims to specify some guidelines that contribute to the incorporation of the gender perspective in the trial. It starts from understanding gender as a category of analysis and from clarifying the practical usefulness of the gender perspective in the differential diagnosis of situations of discrimination, inequality and violence based on gender. It can be read the drawbacks associated with the adoption of this approach in the delivery of justice and some concrete guidelines to proceed. In order to make it more affordable, it is exemplified from two specific situations.

Keywords: *Judging with a gender approach; equality and non-discrimination; effective judicial protection.*

Sumario

I. Introducción; II. Género, constructo social, estereotipos... III. El enfoque de género; IV. Inconvenientes asociados a la adopción de la perspectiva de género; V. Apuntes metodológicos para la incorporación de tal perspectiva; 5.1. Análisis de los hechos; 5.2. La prueba; 5.3. Determinación y análisis del derecho aplicable; 5.4. Argumentación y lenguaje; 5.5. Medidas de reparación; VI. La perspectiva de género en dos situaciones de la práctica judicial; 6.1. Atribución de guarda y cuidado; 6.2. Declaración de la persona en situación de violencia familiar; VII. Conclusiones; VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Tomar una perspectiva, en general, equivale a colocarse en determinada posición para contemplar el mundo. Desde el punto de vista jurídico, lo que se conoce modernamente como la perspectiva de derechos se identifica con la mirada enfocada en las necesidades humanas y apunta a la transformación de prácticas institucionales del Estado para que se reajusten al logro de su fin esencial de garantizar la realización de los derechos de las personas.

La noción de que juzgar con perspectiva de género es una mera aspiración quedó trastocada con la entrada en vigor de la Constitución de la República de Cuba, cuyos postulados exigen la adopción inmediata de enfoques diferentes y la gestión de herramientas para hacer efectivo el principio de igualdad y no discriminación, partiendo de identificar las

diferencias de las personas, reconocerlas y garantizar que el tratamiento que se dé a cada quien no se traduzca en un obstáculo para el disfrute de sus derechos.

El carácter sistémico de todo lo que incide en el principio de igualdad y no discriminación desaconseja hacer una cita cerrada del articulado de la CRC que enmarca la cuestión tratada, pero solo para contribuir a la mejor ubicación de los destinatarios, se hace referencia a los artículos 13 d), e) y f), referidos a los fines esenciales del Estado en lo tocante al tema; 40, que reconoce la dignidad humana como valor supremo; 42 y sus definiciones sobre la igualdad, concretadas, en lo que nos concierne, en el 43; 44, sobre las maneras de hacer efectiva la igualdad; 45, sobre los límites para el ejercicio de los derechos; y 90 b) y g), respecto al deber de cumplir la CRC y demás leyes, y la prohibición del ejercicio abusivo del derecho.

Hay que tener claro que las leyes nacen con un atributo de neutralidad, pensadas para un modelo de persona; sin embargo, es indiscutible que la realidad no es neutral ni equitativa por naturaleza. La identidad de cada ser humano y sus particulares contextos de vida, muchas veces propician la desigualdad de oportunidades de desarrollo y son causa de múltiples situaciones discriminatorias, al otorgar mayor valor a unas diferencias que a otras.

En ese entramado, la perspectiva de género permite apreciar las funciones y características socialmente impuestas tanto a hombres como a mujeres y, en el ámbito jurídico, advertir cuándo estas se vuelven obstáculos para el ejercicio de los derechos, porque limiten la posibilidad de hacerlos efectivos, la restrinjan o excluyan.

La cualidad emancipadora de la Revolución cubana ha hecho valer el principio de igualdad entre las personas; las premisas del modelo político, económico y social buscan garantizar la prosperidad del país y la elevación del nivel de vida con justicia y equidad en todos los órdenes, partiendo de engrosar el reconocimiento ético y jurídico de la igualdad de derechos y deberes de los ciudadanos, mediante el respeto a la diversidad y el enfrentamiento a toda forma lesiva a la dignidad humana.

Las proyecciones sociales y los lineamientos de políticas parten de reconocer el lastre de concepciones patriarcales heredadas y asumidas desde la subjetividad, además de la subsistencia de desigualdades, que aún se perciben como naturales, dado el efecto de los estereotipos,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

como son los de género, que se siguen reproduciendo, consciente o inconscientemente.

La voluntad estatal por continuar propiciando la participación equitativa de las mujeres, eliminar las barreras de género y desarrollar una cultura de igualdad se concreta en el Plan de acción nacional cubano —de seguimiento a la IV Conferencia de la ONU sobre la mujer—, aprobado en 1997, para cumplir los compromisos adquiridos en Beijing, en 1995, y fortalecer las acciones intersectoriales necesarias en ese empeño.

Un importante paso de avance en la ruta, se patentiza en la aprobación del Programa nacional para el adelanto de la mujer (PAM), mediante el Decreto Presidencial No. 198, de 20 de febrero de 2021, que define los objetivos y las medidas específicas, a fin de alcanzar la necesaria sistematicidad por parte de todos los entes —y en todas las áreas— involucrados en el desarrollo de las mujeres en la sociedad cubana. La Estrategia integral de prevención y atención a la violencia de género en el escenario familiar, aprobada por medio del Acuerdo No. 9231, de 19 de noviembre del 2021, del Consejo de Ministros, establece cómo debe atenderse y prevenirse este fenómeno, y quiénes se involucran en ello.

En ese contexto, que presupone inevitablemente un enfoque multisectorial, interseccional e interinstitucional, se ha construido la «Estrategia del Sistema de Tribunales para la incorporación de la perspectiva de género, y la prevención y atención de la violencia basada en el género en la impartición de justicia**»**, para la etapa 2022-2030, complementada por el correspondiente protocolo de actuación.

La Estrategia sienta que los estereotipos de género son reproducidos por los profesionales del Derecho, de lo que no escapan quienes imparten justicia, debido a la falta de preparación y sensibilización en esta temática y la prevención de la violencia. En la práctica, aun contando con las herramientas legales, estas se han interpretado de forma restrictiva y utilizado, escasamente, como mecanismos de garantía de la igualdad y la no discriminación. Se necesitan los instrumentos que contribuyan a la formación judicial con tal enfoque. A partir de las insuficiencias apuntadas, es preciso analizar los elementos esenciales a tener en cuenta para su incorporación en la impartición de justicia en el país, con miras a garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas y las familias cubanas.

En función de tal dificultad y por medio de una matriz de análisis que surca los riesgos y desafíos propios de la etapa de incorporación en el

escenario de la investigación, el trabajo repasa aspectos asociados a la impartición de justicia con perspectiva de género, a fin de propiciar su adecuada recepción por las personas juzgadoras, con especial referencia a los asuntos judiciales de la materia familiar, dada la urgente lectura transversal de los derechos en este ámbito.

II. GÉNERO, CONSTRUCTO SOCIAL, ESTEREOTIPOS...

Para hablar de dicha perspectiva, se debe comenzar por distinguir qué es el *género*, porque se trata de una palabra que puede emplearse en disímiles contextos y, por lo tanto, admite muchos significados. Para manejar este tema, se utiliza el término asociado a las características anatómicas y biológicas que hacen distintos a mujeres y hombres, y que parten del reconocimiento de sus diferencias sexuales. En este ámbito, aquel se coliga a construcciones sociales, roles o actividades desde los que se edifican los conceptos de lo femenino y lo masculino.

La idea de que es una construcción cultural deviene una noción mayoritariamente aceptada, pero es una conclusión que no deja de problematizarse (Morales, 2017, s.p). Asumirlo como una interrogación que se mantiene abierta, sobre cómo se establecen sus significados, qué implican y en qué contextos, puede garantizar que siga siendo una categoría útil para el análisis (Scott, 2011, pp. 95-101).

Dar por respondido el interrogante sería desentenderse de que los conceptos expuestos pasan por la crítica constante que proviene de las complejidades de la sexualidad humana y la evolución de sus definiciones, la consideración de que el sexo también es un producto cultural, el desenvolvimiento de las identidades sexuales —que trascienden la categorización binaria—, hasta el punto de que llega a rechazarse la idea del vínculo necesario y directo entre el sexo biológico y la representación de género. Al respecto, considera Gauché (2022) que «idealmente no deben situarse las categorías hombre y mujer como algo absoluto, sino que las categorías duales de género son más amplias y sin límites» (p. 261).

En este sentido, la Guía teórico-práctica de aplicación del enfoque de género y la prevención de la violencia en el ámbito jurídico en Cuba (González y Pérez, 2021) define *género* desde una concepción categorial que muestra sus lados analítico, descriptivo e interseccional; así, se establece la categoría en análisis:

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> […] como construcción sociocultural e histórica de lo femenino y lo masculino a partir del reconocimiento de las diferencias sexuales. Está interrelacionada con otras condiciones humanas como el color de la piel, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, entre otras, y estructurada en un sistema patriarcal que define relaciones asimétricas de poder, vinculadas al establecimiento de representaciones simbólicas socialmente compartidas sobre conductas, responsabilidades, roles y valores; representaciones simbólicas, además, naturalizadas y justificadas a través de procesos ideológicos de educación y socialización; naturalización y justificación que conducen a su inconsciente instalación en la subjetividad de las personas. (p. 4)

En el complejo entramado de factores que pueden afectar el principio de igualdad y no discriminación, es importante conocer, al menos, lo básico de los estereotipos, que constituyen la marca, la etiqueta, el cliché, la construcción social que se adquiere y se asume como válida. Como es lógico, aquellos se van instalando en la cultura por su exposición variada y repetida. Están presentes desde la infancia, mucho antes de que se pueda desarrollar una capacidad crítica para cuestionarlos. De esa manera, tan ilustrativa como lapidaria, lo definen Arbeláez y Ruiz (2019, p. 49).

Con independencia de que deriven de características ciertas o no, cuando se confronta la rigidez propia de los estereotipos con la complejidad y diversidad de las personas, y sus realidades, aquellos siempre terminan por ser representaciones o definiciones limitadas, fragmentarias e injustas con los contenidos que vienen a estigmatizar, es por esto que van de la mano de los prejuicios, promueven creencias falsas, generalización y predisposición de antemano; excluyen, obnubilan y, por consiguiente, provocan discriminación.

Unidas a esas etiquetas, aparecen los llamados «roles de género», que se conceptualizan como

> […] el comportamiento socialmente esperado (y también construido y naturalizado) para los miembros de un grupo de acuerdo a [*sic*] su sexo o género. Las diferencias sexuales-biológicas siempre van de la mano con una perspectiva cultural y social, la cual define ciertos tipos de comportamiento esperables que son construidos, aceptados y naturalizados socialmente. Esto se evidencia cuando la sociedad participa en la construcción de las

> identidades masculinas, femeninas y otras definiendo lo normal y lo anormal. (Gauché *et al.*, 2022, pp. 247-278)

Como barreras socioculturales se sostiene que

> si bien los estereotipos son categorizaciones identitarias construidas sobre personas o grupos de personas, comprendemos que pueden afectar lo jurídico por cuanto pueden determinar la interpretación y aplicación de una norma o de la realidad que se discute en un proceso judicial, afectando normalmente los derechos en litigio. (Gauché, 2020, p. 190)

Ciertamente, tales arquetipos son aprendidos como referentes para edificar el deber ser, aun si son contrarios a la voluntad e intereses que se defienden. Es una circunstancia con la que hay que contar y coloca el reto de actuar profundamente, en lo personal, sobre el componente educativo-afectivo, como vehículo imprescindible para lograr un compromiso con la misión de juzgar con perspectiva de género, en el propósito permanente de hacer efectiva la igualdad de todas las personas.

En Cuba, la CRC y las nuevas disposiciones normativas puestas en vigor en los órdenes sustantivo y procesal proporcionan todas las herramientas necesarias para juzgar con enfoque de género; por lo tanto, la principal barrera que puede obstaculizar la consecución de ese propósito habita en la mentalidad de quienes las aplican.

III. EL ENFOQUE DE GÉNERO

Según González y Pérez (2021),

> tener y aplicar una perspectiva/enfoque de género significa lo que comúnmente se conoce como «ponerse los espejuelos de género» y que implica, más allá del simple reconocimiento de las diferencias de género y de los estereotipos que las sustentan, comprender y deconstruir los diferentes roles, vínculos, responsabilidades, necesidades y visiones de hombres y mujeres, en pos de la igualdad. Implica cuestionarse las relaciones de poder y definir las necesidades y realidades diferenciadas de mujeres y hombres. (pp. 4-5)

Asimismo, la Guía para la aplicación sistemática e informática del modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2019) se refiere a la incorporación de

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

la perspectiva de género en la administración de justicia como un mandato para la efectividad del derecho a la igualdad que establecen los instrumentos del Derecho internacional de derechos humanos, y como una variable esencial para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder.

Puede decirse que la perspectiva de género permite hacer, de manera consciente, un interrogatorio distinto a la misma realidad y poner de relieve situaciones que no son significativas desde otras ópticas, pues aporta una forma de apreciar los fenómenos que parte de cuestionarse la percepción patriarcal tradicional.

Conociendo que existe, y asumida responsablemente, la perspectiva de género hace ver y entender desventajas por razón de este que, desde la mirada corriente, se les da por naturales o etéreas, y se asumen como irrelevantes. Dígase que hace posible una especie de diagnóstico diferencial de situaciones de discriminación, desigualdad y violencia basadas en él.

Se plantea, con razón, que la cuestión

> […] excede un abordaje meramente jurídico: no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarlas se ignora tanto la perspectiva de género como otras vulnerabilidades o se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso, cuando desde el derecho podemos aportar mecanismos que tiendan a lograr soluciones en favor de la igualdad. (Salerno, 2019, p. 101)

IV. INCONVENIENTES ASOCIADOS A LA ADOPCIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Por lo explicado, asumiendo que el sistema judicial patrio se encuentra en la etapa de incorporación de tal perspectiva a la impartición de justicia, puede resultar útil poner sobre la mesa algunas de las dificultades que, generalmente, se interponen como tropiezos en estos caminos.

En primer lugar, las decisiones judiciales son emitidas por seres humanos y ello las torna falibles, porque se nutren, entre otros elementos, de las vivencias emocionales y la experiencia personal y familiar de quienes juzgan; por lo tanto, a pesar de que el encargo va más allá de

las convicciones individuales, la temática que se analiza requiere tomar conciencia de los prejuicios, deshacerlos críticamente, reconstruirnos y cambiar, más que ejecutar como autómatas una actuación exigida por las demandas del oficio.

En este punto, corresponde subrayar que el Artículo 68 k) de la Ley No. 141 [GOR-O (138), 2021] establece como causa de recusación en la que pueden incurrir los magistrados y jueces

> poner de manifiesto, en su actuación procesal en el asunto, prejuicios por razón de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana y, por tal razón, menoscabe o pueda afectar la equidad entre las partes o trascender a la decisión. [p. 3990]

Un segundo elemento a tener en cuenta son los intentos —nada infrecuentes— de desnaturalizar la perspectiva de género, entendiéndola como si se hubiese diseñado para proteger a las mujeres, en perjuicio de los derechos de los hombres. Estas malas interpretaciones rozan los manejos absolutos y la asunción irreflexiva del enfoque como una exhortación a la que hay que avenirse por mandato o por cuestión de novedad.

Por el contrario, de lo que se trata es de revelar las desigualdades que provocan las cargas de género y que padecen mujeres y hombres, aunque se haga énfasis en la protección de aquellas, debido a que es a ellas a quienes históricamente se les han impuesto los roles menos valorados, los de peor retribución social y humana.

Debe verse cómo el Artículo 5, inciso a), de la CEDAW (Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, 2014) se refiere a la adopción de medidas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias, y de cualquier otra índole, que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de ellos y ellas (pp. 93-110).

En otro sentido, si bien queda de manifiesto la opinión mayoritaria que define el *género* como una categoría de análisis, debido a la constante asociación a la tensión que provocan sus diferencias sexuales, puede ocurrir que no se entienda bien esa función analítica. Es cardinal que se comprenda que no se está ante una conceptualización con el único

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

resultado de describir las características sociales y culturalmente asignadas a mujeres y hombres.

La categoría *género*, en el plano jurídico, ha propiciado construir una mirada crítica del Derecho sorteando no poca resistencia. Esa visión crítica aporta una serie de conceptos, categorías y herramientas que resultan indispensables en una teoría jurídica que se presenta como abstracta y neutral, pero que no lo es. Desde la vertiente conocida como «críticas feministas al Derecho», se ha entendido, por ejemplo, que está integrado, no solo por las normas escritas, sino también por una dimensión institucional y otra cultural, que se relacionan íntimamente. De tal manera que se encuentran involucradas las instituciones que crean, interpretan y aplican las normas, y el contenido que ellas les imprimen al realizar esas tareas; aunado a lo anterior, están los contenidos —convertidos en leyes no escritas—, que las personas dan a las leyes y la aplicación de estas por medio de las tradiciones, las costumbres, el conocimiento y el uso que se les dé. De ese modo lo deja expuesto Facio, según el estudio presentado por Fernández (2006, p. 357).

Otro inconveniente radica en el erróneo sentido que puede darse a la perspectiva de género, si se entiende como una brecha en el principio de igualdad entre las partes de un conflicto, en el entendido de que, al asumirla, se privilegia más a una parte que a la otra.

En contraposición a ese desatino, el enfoque permite mostrar en qué momento, por motivos de género, cualquiera de las partes se encuentra en desventaja para ejercer sus derechos y se hace cargo de tal situación. Justamente, es esto lo que permite colocar en igualdad a ambas partes. Así se expresa en la conferencia «Buenas prácticas de la administración de justicia en la aplicación del principio de igualdad. La perspectiva de género, un desafío para la no discriminación», expuesta por Andrea Muñoz, quien fue presidenta de la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia, de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en el Seminario Internacional homónimo, realizado en Santiago de Chile, en 2018 (s.p.).

También se malinterpreta la perspectiva de género como un resquebrajamiento de la imparcialidad de quienes imparten justicia. Vale acotar que la RAE define la imparcialidad como «la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud» (p. 4905).

Por su parte, Ferrajoli (1995) se refiere a ella como «la ausencia de intereses del juzgador frente al caso que debe decidir». Dice que es necesario,

en primer lugar, que el juez no tenga ningún interés privado o personal en el resultado de la causa: «Nadie debe ser juez o árbitro en su propia causa y, por ello —son palabras de Hobbes—, nadie debe ser árbitro, si para él resulta aparentemente un mayor provecho espiritual la victoria de una parte» (p. 582).

Bajo estas definiciones, despojarse de prejuicios es condición para apropiarse adecuadamente de la perspectiva de género y, también, lo será para proceder con la necesaria imparcialidad.

Por último, se ha señalado cómo el afán de aplicar la perspectiva de género puede conducir a que se incurra en su totalización y desvinculación de otras categorías que, igualmente, confluyen en la realidad a examinar. Aquí se debe tener en cuenta la importancia de la razonabilidad como presupuesto de todo análisis jurisdiccional y la constante búsqueda de los fundamentos que armonicen los medios y fines, de lo que resulta muy importante entender, primero, que las realidades sociojurídicas son siempre complejas, sobre todo, por la diversidad de factores que en ellas concurren, que las personas pueden encontrarse en disímiles situaciones —no solo por razón de género— condicionantes de una situación de desventaja. En segundo lugar, que el enfoque de género constituye un presupuesto ineludible en el avance hacia la igualdad efectiva de las personas.

V. APUNTES METODOLÓGICOS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

5.1. Análisis de los hechos

En ocasión del análisis de los hechos, se deben identificar los comportamientos que originan el conflicto y las personas que se involucran en él, para poner en el foco cualquier estereotipo o prejuicio que se pueda detectar, a fin de evaluar las situaciones de desventaja basadas en género. Con independencia de que no sean denunciadas de manera manifiesta, corresponde develar posibles situaciones de violencia (física, verbal, psicológica, económica, etc.).

Es importante estar a la mira de las condiciones de los sujetos y de cada contexto y, por tanto, de todas las características que acompañan a cada persona interviniente en el conflicto a resolver por el tribunal, que son, aparte del género, la orientación sexual, la edad, expresión

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

de los rasgos y patrones culturales, situación de discapacidad, origen étnico o racial; asimismo, el nivel de educación que traducen en sus comportamientos, situación económica, condición laboral, salud, entre otras. Además, se debe advertir la relación que existe entre el género y las restantes situaciones, que pueden subrayar las desventajas de las personas que participan en el proceso judicial.

Como se ha establecido, el contexto objetivo se refiere al escenario generalizado que, de hecho, enfrentan ciertos grupos sociales y, para el caso de las mujeres, esto se relaciona con el entorno sistemático de opresión que pueden padecer. Por otra parte, el contexto subjetivo, se expresa mediante el ámbito particular de una relación o en una situación concreta que coloca a la persona en posición de vulnerabilidad y con la posibilidad de ser agredida y victimizada. Este atiende a la situación específica que enfrenta quien o quienes se encuentran involucrados en la controversia. En primer orden, lo pertinente es que se analice el contexto objetivo, para en un segundo momento dar lugar a la corroboración del escenario particular que enfrentan las partes en el litigio, es decir, el contexto subjetivo. (TSJCM, 2022, p. 56)

También corresponde dar a conocer relaciones asimétricas de poder, fundadas en estereotipos de género, que propician la violación de los derechos de las personas, porque aumentan las posibilidades de ser dañadas y menguan sus posibilidades de reaccionar en situaciones de riesgo. Esto se logra determinando si la relación entre las partes del conflicto tiene un carácter asimétrico, de suprasubordinación o dependencia (emocional, económica u otras). Para ello, deben formularse preguntas tales como: ¿Quién toma las decisiones en la relación?, ¿cómo se adoptan y cuáles son los mecanismos de participación en las decisiones sobre cuestiones que afectan a las partes involucradas? (TSJCM, 2022, p. 66).

Asimismo, reconocer si de los hechos relatados se advierte alguna conducta que puede constituir violencia y, posteriormente, determinar qué forma de violencia es y en qué ámbito o espacio sucede. Para analizar si el género influyó en los hechos del caso concreto, de manera que coloca a una de ellas en una situación de ventaja o desventaja frente a otra, vale preguntarse: ¿si el género de una de las partes fuese distinto los hechos hubiesen presentado otras características? (TSJCM, 2022, p. 67)

A la vista de lo expuesto, es evidente que el examen integral y deliberado de cada contexto permite revelar cómo influyen esa condición y otras presentes en las partes, en la situación en que estas se encuentran

y, por lo tanto, en el conflicto que toca resolver al tribunal. Corresponde apuntar que la identificación de los niveles de discriminación por género y otras circunstancias de identidad adicionales a este atraviesan todo el proceso, no se verifican en un solo momento.

La captación de posibles situaciones de riesgo basadas en el género es una precaución necesaria, desde el momento en que se tiene conocimiento del asunto y durante toda la sustanciación del proceso. Ante la existencia de indicios de una situación de este tipo que comprometa los derechos de las personas involucradas, el tribunal debe disponer las cautelas necesarias para proteger el derecho a la vida, la salud e integridad física y mental, en lo que siempre se tendrá en cuenta la naturaleza del conflicto, su gravedad, los posibles daños a terceros y cualquier otro elemento que determine la pertinencia y proporcionalidad de la medida a adoptar.

El goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia. En otras palabras, el hecho de no tomar en cuenta las diferencias pertinentes, o bien el otorgamiento de un trato idéntico a personas desiguales, es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente. Con Aristóteles, según se refiere, hay motivo de reclamo «[…] cuando a los iguales se les otorga o poseen partes desiguales o a los desiguales partes iguales» (Bayefsky, 1990, p. 11).

Según establece un protocolo mexicano (TSJCM, 2022), para determinar si una diferencia de trato resulta discriminatoria, es preciso establecer:

a) Si los supuestos de hecho son asimilables.

b) Indagar sobre la finalidad del tratamiento diferenciado.

c) Determinar si esa finalidad es razonable y por tanto constitucionalmente admisible.

d) Indagar sobre la adecuación del medio a los fines perseguidos.

e) Superados los anteriores pasos, establecer si se satisface el criterio de la proporcionalidad. (p. 86)

5.2. La prueba

La perspectiva de género debe estar presente en los momentos de admisión de las pruebas, disposición de oficio de estas y valoración, pues

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

hacerlo sin ese enfoque puede ocasionar que no se reúna toda la información relevante para acreditar o descartar un impacto de género en el conflicto, trascendente a lo que ha de resolverse. Asimismo, la práctica de las pruebas debiera contener esa perspectiva, con la finalidad de no revictimizar a las personas ni provocar la rexperimentación de alguna vivencia traumática, e impedir situaciones que inhiban su participación en el proceso.

En el caso de que el material de conocimiento sea insuficiente para aclarar una situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, el tribunal debe disponer oficiosamente de las pruebas necesarias.

5.3. Determinación y análisis del Derecho aplicable

Otro momento en el que es preciso mirar con la lupa de género es en el análisis del Derecho aplicable al caso. Puede ocurrir que las partes no tengan conocimientos suficientes para mostrar el impacto de género de su conflicto, pero eso no releva a quienes juzgan de la obligación de identificarlo y resolverlo.

Además, es cardinal evaluar si las disposiciones normativas que se pretende aplicar, por la forma en que están concebidas, no provocan una violación del principio de igualdad y no discriminación, al introducir impactos diferenciados por razón de género, es decir, que el propio contenido o la aplicación de la norma genere un efecto desproporcionado en las personas o los grupos en situación de desventaja histórica, sin una justificación razonable. Si esto ocurre, es deber de los juzgadores buscar y ofrecer los fundamentos que sustenten la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona en situación de desigualdad u optar por la inaplicación de la norma.

En conexión con el contenido del siguiente subepígrafe, se trata de técnicas de aplicación de la ley requeridas de una argumentación suficiente; por lo tanto, no resisten la mera enunciación de los artículos aplicados de las normas escogidas, que casi siempre resultan instrumentos de Derecho internacional, como suelen ser la Convención sobre los derechos del niño, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la CEDAW, las Reglas de Brasilia, entre otras.

5.4. Argumentación y lenguaje

En todos los asuntos, el lenguaje judicial debe ser claro y sencillo, de tal manera que se procure una comunicación eficaz con las personas involucradas en el conflicto; para lograrlo, es imprescindible tomar en consideración, dado el caso, las particularidades de los grupos en situación de vulnerabilidad.

La argumentación con perspectiva de género se construye con razones a partir de la valoración contextualizada e integral de los hechos y las resultas de las pruebas que demuestran el impacto que tiene la reproducción de los roles o las características atribuidas a las personas, en el ejercicio de los derechos, para justificar de este modo la solución propuesta y el tipo de medidas de reparación que se dispongan. Estas razones se fundamentan en el Derecho aplicable, que ha sido examinado e identificado previamente. En el hilo argumentativo final se condensa el resultado de la aplicación de herramientas de interpretación y métodos de solución de posibles colisiones o restricciones de derechos humanos, por medio de recursos como la ponderación y el test de igualdad.

Es interesante lo que se plantea sobre las distinciones justificadas en la perspectiva de género, cuyo fin reside en garantizar la igualdad de las personas y atender las situaciones discriminatorias. Jurídicamente, son diferentes la distinción y la discriminación. La primera constituye una diferencia razonable y objetiva; la segunda integra una diferencia arbitraria que tiene como consecuencia una afectación de los derechos humanos de las personas. Para determinar si una distinción es razonable o es discriminatoria, se debe aplicar el test de igualdad, que implica el análisis de los elementos siguientes:

> Fin legítimo, que impulse un objetivo dentro del marco normativo constitucional o convencional. Las distinciones basadas en categorías sospechosas —como el género— están sujetas a un grado de escrutinio estricto, por lo que debe existir un interés particularmente importante y una justificación contundente de la distinción.
>
> Idoneidad, aquí se debe demostrar que la medida que pretende aplicarse es adecuada para lograr el fin para el cual ha sido diseñada, es decir, debe verificar su pertinencia. (Fuentes, 2017, s.p.)

Es recurrente en esta etapa, también, acudir a la aplicación de los principios y las características de los derechos humanos: Universalidad,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

interdependencia, indivisibilidad, igualdad y no discriminación, progresividad y no regresividad, y al máximo uso de recursos disponibles para proteger y garantizar el ejercicio de los derechos.

Puede ocurrir que sea necesario atender otros principios de aplicación, al haberse registrado una especial situación de vulnerabilidad de las partes; por ejemplo, el del interés superior de NNA, y la aplicación de ajustes razonables para el caso de personas que se encuentren en situación de discapacidad.

En la sentencia deben transparentarse, de cara a la justificación del fallo que se adopte, las situaciones de desigualdad o discriminación por razón de género y los sesgos que se detectaron a lo largo del proceso, sin dar lugar a valoraciones subjetivas carentes de un sustento de objetividad en las actuaciones, de manera que se entienda con claridad y se asuma por los destinatarios, en lo posible, cómo y por qué es necesario el restablecimiento de la igualdad en cada caso concreto.

Parece una obviedad, pero por su importancia debe quedar claro que los pronunciamientos de la resolución judicial, con enfoque de género, no admiten la revictimización de las personas ni la perpetuación de estereotipos de ninguna clase.

5.5. Medidas de reparación

Las medidas reparatorias son las que restituyen a la persona afectada en el goce de sus derechos. En este aspecto, la perspectiva de género no abandona el principio clásico que informa la relación que debe cuidarse entre la proporción de la condena reparatoria y el daño causado. En el caso de las situaciones discriminatorias y los asuntos relacionados con la violencia basada en aquel, el pronunciamiento de reparación es muy importante porque está asistido, además, de la necesidad de transformar todas las condiciones causantes de esas situaciones.

VI. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN DOS SITUACIONES DE LA PRÁCTICA JUDICIAL

Son situaciones de la práctica judicial seleccionadas a partir de la concurrencia de estereotipos recurrentes que, de no advertirse, obstaculizarían la aplicación de nuevos preceptos que regula el CFS. Los ejemplos han sido escogidos por la autora, a partir de su experiencia en la impar-

tición de justicia por más de 20 años, toda vez que no se dispone de datos empíricos que confirmen la tesis sostenida.

6.1. Atribución de guarda y cuidado

El artículo 151 del CFS abraza la equidad en el diseño de las modalidades de guarda y cuidado de los hijos menores de edad, con lo cual supera la concepción del derecho competido o emulado hacia una noción de ejercicio compartido y favorece la corresponsabilidad de los padres.

Esto puede apreciarse con disímiles espectros, por ejemplo, desde la reivindicación del derecho de los padres en disposición, aptitud, con condiciones y voluntad de compartir la convivencia con sus hijos e hijas, que antes se encontraban en franca desventaja, frente a las madres, que contaban con la «plena idoneidad» para erigirse en guardadoras unilaterales de estos y estas, o desde la histórica concepción de las madres como responsables, «en primer orden», del cuidado familiar, de lo que deriva la mejor justificación ante las exigencias laborales y las «naturales» limitaciones al crecimiento profesional, a menudo invisibles y aceptadas por las mujeres sin mayores dilemas.

Ambas situaciones, si no se analizan desde la perspectiva de género, pueden desembocar en decisiones sesgadas, conducentes, bien a continuar prefiriendo las condiciones maternas para la guarda y el cuidado, bien a mirar con recelo la iniciativa de las madres de proponer compartir con los padres sus clásicas encomiendas como guardadoras.

A la vera de decisiones que resulten fruto de análisis de este tipo, se malogra la vocación de la ley de romper mitos ajenos a la equidad, propender a la corresponsabilidad parental y, sobre todo, a la realización del derecho de las personas menores de edad a la coparentalidad.

6.2. Declaración de la persona en situación de violencia familiar

Otra situación requerida de una respuesta judicial urgente e inteligente es la que presentan los asuntos de las familias, calados por la violencia basada en el género, porque la mayoría de los hechos asociados a este tema se cometen en circunstancias privadas, sometidas a fuertes círculos de control, con predominio del temor y el silencio de esa persona que alberga en los contornos de un proceso familiar, junto a la condición de parte interesada, la de hallarse en situación de violencia.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

De estas circunstancias deriva que el material probatorio disponible pueda estar sustancialmente reducido, lo que implica que se debe tener especial consideración al practicar y valorar las pruebas, particularmente, la declaración de la parte en situación de violencia, para propiciar que su alegación oral fluya en condiciones que favorezcan evaluar su coherencia, ensanchar la labor oficiosa del tribunal, en la búsqueda de los elementos externos que sirvan de corroboración a lo expresado y atender, con especial cuidado, todo cuanto apunte a la verosimilitud de su dicho.

Puede ocurrir que la parte no logre satisfacer su carga procesal y falte la plenitud probatoria esperada en condiciones ordinarias, pero ello no debe conducir a la invalidación automática del testimonio. En los casos de violencia basada en el género, dadas las particularidades ya señaladas en relación con el déficit demostrativo existente, es preciso acrecentar la indagación de oficio y no descartar, necesariamente, la posibilidad de sustentar, como prueba eficaz, el testimonio único de la parte afectada.

Sobre este punto, corresponde volver a la idea de que, por lo general, la escasez probatoria en estos asuntos tiende a venir acompañada de una prueba contaminada con los prejuicios que hospedan, también, los testigos que se aportan; de ahí que se deban tener en especial consideración las circunstancias particulares que envuelven el conflicto, con un análisis diferenciado del contexto en el que ocurren los hechos.

La evaluación con perspectiva de género de la declaración de la parte en situación de violencia supone no imponer a esta el gravamen adicional de comportarse como se esperaría de cualquier persona, desde lo hipotético o lo abstracto; en este sentido, es fundamental que quienes juzgan se separen de todo tipo de sesgo, con miras a contrarrestar la discriminación sufrida históricamente por las mujeres, que ha resultado en la tendencia a descreer su testimonio.

Es conocido el largo camino que atraviesa una mujer maltratada hasta develar su verdadera situación de violencia, naturalizándola o minimizándola en favor de la familia o los hijos y las hijas, ocultando los hechos por vergüenza o denunciándolos solo después de haber transcurrido demasiado tiempo.

En efecto, es precisamente el estereotipo de la víctima en condiciones ideales el que impone una carga muchas veces imposible de soportar en estos asuntos, al verse exigida la mujer a denunciar inmediatamente, mantener un relato inmutable y mostrar conductas retraídas o alteradas emocionalmente, en coherencia con lo que se espera, según los

arquetipos instalados. En estos casos, muchas de las generalizaciones de sentido común que se emplean habitualmente, en el razonamiento probatorio, operan silenciando las experiencias de aquellas personas cuyo comportamiento no se adecua a la regla general.

Como se ha establecido,

> parte del impacto de la perspectiva de género en la administración de justicia implica que se deben tener en cuenta otros medios de prueba o utilizar estándares probatorios interpretados a la luz de esta perspectiva. La amplitud probatoria resulta clave en estos casos. Así como también, la valoración de esos otros testimonios que, aunque no atestiguaron el hecho, sí pueden dar cuenta del contexto de la violencia, del estado de la víctima con anterioridad y posterioridad al suceso. (Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, 2020, p. 12)

En suma, existe una serie de argumentos que permiten justificar la necesidad de contar con un análisis probatorio diferenciado, que no significa complaciente o displicente, frente a los parámetros de valoración establecidos en la ley, sino contemplado desde la perspectiva que demandan estos asuntos. Para ello, hay que atender dos elementos esenciales: La probabilidad del déficit probatorio, como resultado de la aportación de parte, y los costos del error derivado de la negación de la existencia de violencia, que favorece el mantenimiento de un escenario de impunidad tendiente a perpetuar y normalizar estas desigualdades, extremadamente perniciosas en el escenario familiar.

VII. CONCLUSIONES

El enfoque de género, más que una opción elegible, es un medio necesario para garantizar la igualdad efectiva.

El análisis de los elementos asociados a la impartición de la justicia con enfoque de género hace patente la certeza de lo que se ha planteado desde la Estrategia del STJ, como un objetivo para este, referido a generar una cultura de gestión por la igualdad de género en la impartición de justicia y los servicios judiciales en general.

Juzgar con tal perspectiva no se reduce al momento de decidir el asunto, sino que comprende todo el proceso, desde el análisis de los hechos, la gestión de la actividad probatoria, la determinación del marco jurídico aplicable, la argumentación de la resolución judicial, hasta la

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

adopción de las medidas de reparación. En este orden, se evidencia la importancia de promover mecanismos de identificación y generalización de buenas prácticas judiciales, también en ese sentido.

Se pone de manifiesto la necesidad de formación, desde lo emotivo, de los operadores judiciales, y, en razón de lo expuesto, ello se convierte en una herramienta de transformación estratégica.

VIII. REFERENCIAS

Arbeláez, L. y Ruiz, E. (2019). *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias: una contribución para la aplicación del derecho a la igualdad y la no discriminación.* Poder Judicial de la República de Chile. Eurosocial.

Bayefsky, A. (1990). El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho internacional. *Human Rights Law Journal*. (1-2), 11.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*. 93-110.

Cumbre Judicial Iberoamericana. Secretaría Técnica. Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia. Edición XX. (2019). *Guía para la aplicación sistemática e informática del Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias*. http://www.cumbrejudicial.org

Fernández, M. (2006). Usando el género para criticar al derecho. *Revista PUCP*. (59), 357-369.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Trotta.

Fuentes, D. (2017). *Metodología para el análisis de las decisiones jurisdiccionales desde la perspectiva de Género. EQUIS.*

Gauché, X. (2020). *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*. Documento Materiales Docentes Academia Judicial.

Gauché, X., Domínguez, A., Fuentealba, P., Santana, D., Sánchez, D., Bustos, C., Barría, M., Pérez, C., González, R. y Sanhueza, C. (2022). Juzgar con perspectiva de género. Teoría y normativa de una estrategia ante el desafío de la tutela judicial efectiva para mujeres y personas LGBTIQ+. *Derecho del Estado*. (52), 190-278.

González, Y. y Pérez, I. (2021). *Guía teórico-práctica de aplicación del enfoque de género y prevención de la violencia en el ámbito jurídico*. Unijuris.

Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.

Ley No. 156, Código de las familias. (Septiembre 27, 2022). GOR-O (99), 2893-2995.

Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. (2020). *Administración de justicia y perspectiva de género*. http://www.argentina.gob.ar

Morales, S. (2017). ¿Es realmente el género una construcción cultural? *La ortiga. Revista de análisis e investigación social*. (4), s.p.

Muñoz, A. (2018). *Buenas prácticas de la administración de justicia en la aplicación del principio de igualdad. La perspectiva de género, un desafío para la no discriminación*. [conferencia] Seminario Internacional. Santiago de Chile.

RAE. (2014). Diccionario de la lengua española, 2 t. (23.ª ed.). Editorial Planeta Colombiana.

Salerno, L. (2019). La transversalidad de la perspectiva de género en el sistema de administración de justicia: un enfoque más que necesario. *Revista de Abogacía* (5), 101. Edunpaz.

Scott, J. (2011). Género: ¿Todavía una categoría útil para el análisis? *La manzana de la discordia* (1), 95-101.

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. (2022). *Protocolo analítico para juzgar con enfoque de género: de la teoría a la práctica*. https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx

Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. (2022). *Estrategia del Sistema de Tribunales para la incorporación de la perspectiva de género, y la prevención y atención de la violencia basada en el género, en la impartición de justicia*. https://www.tsp.gob.cu

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Agosto 16, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

VIOLENCIA DE GÉNERO: ENTRE VIGILAR Y CASTIGAR

GENDER VIOLENCE: BETWEEN WATCH AND PUNISH

Dra. Arlín Pérez Duharte

Profesora titular, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana, Cuba

Código ORCID: 0000-0002-6074-7654

arlinperez1971@gmail.com

Resumen

La violencia de género constituye un problema de complejo análisis y de soluciones integrales. Su tratamiento desde la mirada del Derecho penal pasa por dos modelos de respuestas: uno que ubica en el texto de las normativas penales las herramientas para el castigo de las manifestaciones de este tipo de violencia; y otro, que traslada el contenido de los delitos y demás instituciones penales a las llamadas leyes especiales, integrales o de género. Cualquiera de ellos procura castigar los actos violentos permeados de expresiones discriminatorias por motivos de género. El artículo que se presenta pretende exponer las principales transformaciones que recibió la legislación sustantiva penal cubana en materia de violencia de género y familiar, guardando una debida coherencia con el texto constitucional y las restantes normas, siempre en la búsqueda de una respuesta integral e integrada.

Palabras clave: Violencia; violencia de género; estereotipos; discriminación; respuesta integral.

Abstract

Gender violence is a problem of complex analysis and comprehensive solutions. Its treatment from the perspective of Criminal Law goes

through two response models; one that locates in the text of the penal regulations the tools for the punishment of the manifestations of this type of violence, and another that transfers the content of the crimes and other penal institutions to the so-called special laws, comprehensive laws or gender laws. Any of them intend to punish violent acts permeated by discriminatory expressions based on gender. The article that is presented intends to expose the main transformations that the Cuban penal substantive legislation received in matters of gender and family violence, keeping due coherence with the constitutional text and the other norms, always in search of a comprehensive and integrated response.

Keywords: *Violence; gender violence; stereotypes; discrimination; comprehensive response.*

Sumario

I. Introducción; II. Algunos conceptos; III. Codificación penal respecto a la violencia de género: El eterno dilema; IV. Tratamiento a este asunto en el Código penal cubano; V. Delitos y violencia de género; VI. Conclusiones; VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Los paradigmas han cambiado y se imponen a la movible sociedad del siglo xxi otros retos como abatir la violencia de nuevo tipo, brindar seguridad, superar el castigo, revisar la ley y recuperar a la víctima; en resumen, democratizar la sociedad desde el aseguramiento de los bienes jurídicos indispensables.

En este entorno, lleno de cantos triunfalistas o pesimistas, se escucha hablar del Derecho penal de la nueva «era», el que a veces conduce a pensar que se está frente a una ciencia sumida en la mayor inflación y crisis, generadora de sentimientos sociales encontrados. Por un lado, enfrentar el incontenible avance de la sociedad de riesgos, proteger la proliferación de los bienes jurídicos colectivos y hacer frente a la delincuencia organizada a gran escala, una versión de aquella lluvia de azufre y fuego que, según la Biblia, hizo caer Dios en las ciudades de Sodoma y Gomorra como castigo a sus conductas lujuriosas y corruptas. Desde la otra orilla, se sigue discutiendo acerca de la humanización

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

del castigo, las garantías sustantivas y procesales para los imputados y el Derecho penal mínimo.

Con el auxilio de esta lupa minimalista se revisan los contenidos de las partes general y especial del vigente CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], la actualización de sus instituciones y en particular el tratamiento dado en él a las conductas relacionadas con la violencia basada en género, regulaciones que forman parte del amplio proceso legislativo derivado del necesario desarrollo de los postulados de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-115], labor en la que resulta imprescindible lograr la coherencia requerida con las nuevas normativas legales que van siendo proclamadas en determinadas materias e impactan en esta, además de integrar, en lo pertinente, lo previsto en los tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado.

El Artículo 43 de la Ley fundamental [GOR-E (5), 2019, p. 79], dispone que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y responsabilidades en lo económico, político, cultural, laboral, social, familiar y en cualquier otro ámbito; así como que el Estado garantiza que se ofrezcan a ambos las mismas oportunidades y posibilidades; propicia también el desarrollo integral de las mujeres, a las que asegura el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, las protege de la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones y espacios, y crea los mecanismos institucionales y legales para ello.

Se refrenda además en el Artículo 85 [GOR-E (5), 2019, p. 85] que la violencia familiar, en cualquiera de sus manifestaciones, se considera destructiva de las personas implicadas, las familias y la sociedad, por lo que es sancionable por la ley.

Siguiendo esta lógica normativa el Decreto presidencial No. 198, de 20 de febrero de 2021 [GOR-E (14), 2021, pp. 247-259], aprobó el Programa nacional para el adelanto de las mujeres (PAM), el cual establece entre sus objetivos específicos el exigir, atender, dar seguimiento y enfrentar, de manera integrada y sistémica, las manifestaciones violentas o discriminatorias en todos los ámbitos de la sociedad, documento legal que sirve de sustento a la Estrategia Integral de Prevención y Atención a la violencia de género y en el escenario familiar aprobada mediante el Acuerdo No. 9231, de 2021, del Consejo de Ministros, y puesta en vigor el 9 de diciembre de ese propio año [GOR-E (101), 2021, pp. 837-874].

Esta estrategia contiene entre sus componentes el legislativo, dedicado a cumplir y articular los aspectos contenidos en el Área 5 (Legislación y Derecho. Marco normativo y sistemas de protección contra todas las formas de discriminación y violencia) del PAM, con el objetivo de perfeccionar el entorno jurídico nacional a través de la transversalización de la perspectiva de género en las normas jurídicas sustantivas y procesales, fortaleciendo los mecanismos que garanticen el acceso a la justicia a las víctimas de violencia de género para impedir la impunidad de los agresores, siendo este el escenario en el que se inserta el proceso de perfeccionamiento del CPE.

El artículo que se presenta tiene como principal objetivo valorar las herramientas que ofrece el nuevo texto penal sustantivo cubano para el tratamiento a las modalidades de la violencia de género y su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.

II. ALGUNOS CONCEPTOS

Al abordarse problemas sociales complejos, la formación de conocimientos no puede ser simple, necesita un proceso de construcción e hibridación de conocimientos científicos que provienen de matrices disciplinarias particulares, estrechamente vinculados entre sí. Es por eso que para el concepto y los estudios de género se requiere de una mirada transdisciplinaria e interseccional.

El género es una categoría de las ciencias sociales que permite analizar la relación entre hombres y mujeres. Se puede entender como la red de símbolos culturales, conceptos normativos y patrones institucionales, que contribuyen a conformar la identidad de género. Este proceso de construcción social diferencia a aquellos, y a la vez los articula entre las relaciones de poder frente a los recursos. De esta manera, en un sistema dado, se establecen patrones de conducta, necesidades, riesgos, roles, responsabilidades y diferencias de acceso y control para cada sexo.

El *género* define un modo de pensar, sentir, actuar, del cual las personas se apropian a través de su interacción en diferentes grupos o espacios de socialización y sobre esta base se establecen patrones, símbolos, representaciones, valores y sus correspondientes prácticas. Aunque se asigna tomando como referente al sexo, está sujeto a cambios y, en consecuencia, es susceptible de modificación, reinterpretación y reconstrucción.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Tiene cinco características esenciales:

• *Relacional*. Se refiere a la construcción histórica y social de las relaciones entre los seres humanos, mujeres y hombres, mediatizadas por sus cuerpos, también entre los hombres y entre las mujeres, teniendo en cuenta las diversas formas de expresar las sexualidades. El género no es sinónimo de sexo y tampoco de «mujer», pues el análisis no se puede hacer solo desde la perspectiva femenina o exclusivamente aplicado al estudio de las mujeres.

• *Jerárquico*. No se trata de «agregar» a las mujeres, sino de hacer notorias las relaciones de poder entre los géneros, en tanto la existencia de relaciones desiguales de poder evidencian la subsistencia de una sociedad patriarcal basada en la supremacía masculina, aunque sea de manera simbólica.

• *Contextualmente específico*. Existen variaciones en las relaciones de género según etnia, color de la piel, clase, religión, cultura, entre otras dimensiones humanas y sociales que subrayan la necesidad de incorporar la perspectiva de la diversidad en contraposición a las expresiones de discriminación múltiple o interseccional.

• *Institucionalmente estructurado*. Se refiere no solo a las relaciones entre mujeres y hombres a nivel personal y privado, sino a todo el sistema social que le sirve de base.

• *Susceptible de transformación*. Los estereotipos asentados en la magnificación de las diferencias biológicas que derivan en funciones y roles esquemáticos y naturalizados pueden cambiar en la medida en que se logre una conciencia cultural, jurídica y social conducente a una igualdad sustantiva.

Como afirma Facio (2000, p. 52), resulta objetivamente imposible analizar y comprender un fenómeno social, si no se analiza desde la perspectiva de género, que implica observación, análisis y promoción de transformaciones respecto a desigualdades e inequidades en la condición y posición de hombres y mujeres en la sociedad, surgido desde la necesidad de apreciar y valorar la realidad con una perspectiva de justicia que requiere diseñar, implementar, evaluar políticas e intervenciones públicas, valorar buenas prácticas y obtener aprendizajes, en aras de eliminar toda forma de discriminación por razón de género y fortalecer capacidades y competencias de las mujeres a través de su empoderamiento.

La violencia es también un problema cultural, no enteramente jurídico, por lo que se deben accionar los resortes sociales, educativos y estructurales que la posibilitan, sin desdeñar obviamente la utilización del Derecho, como y cuando corresponda.

La OMS define la violencia como

> el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones. (1996, s.p)

La violencia de género, siguiendo esta línea conceptual, se define como una forma extrema de la discriminación y representa un problema complejo y estructural, se funda en la desigualdad jerárquica entre hombres y mujeres, constituyendo una violación de los derechos humanos, en la que se conectan otros ejes de opresión como clase social, color de la piel, ocupación, sexualidad, territorio y situaciones de discapacidad. Su complejidad impone ser atendida desde un enfoque integral que permita apreciarla, tratarla y acompañar sus soluciones.

Afecta, directa o indirectamente, la vida, la libertad, la dignidad, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, así como la seguridad personal de las víctimas por razón de su género, y constituye toda conducta de acción u omisión, en el ámbito público o el privado que, sustentada en una relación desigual de poder, tenga como objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos o las libertades fundamentales de las víctimas.

En este propio camino y pese al reconocimiento formal del principio de igualdad y no discriminación, el concepto prestablecido, aprendido y aprehendido en la subjetividad, de la superioridad de un grupo humano sobre otro, sea cual sea, conduce a la construcción de estereotipos sociales que inevitablemente traen aparejados prejuicios e intolerancias que provocan actos discriminatorios de incidencia en el orden social y económico para los grupos humanos históricamente vulnerados por estas razones.

En consecuencia, un componente importante al evaluar la violencia de género lo constituyen los estereotipos, vistos como estigmas o etiquetas, cuando se conforman en sentido negativo de las normas establecidas por las diversas instancias del control social y desembocan en los

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

prejuicios; ellos son invariablemente sociales, condicionados históricamente por la cultura, que los produce y reproduce. No pueden existir de forma aislada, sino con la complicidad del grupo o la sociedad, se trasmiten de generación en generación y causan un impacto en las personas discriminadas y en quienes discriminan.

Con respecto a los estereotipos de género, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (Naciones Unidas, 1979, s.p.) se pronuncia explícitamente en el Artículo 5, cuyo inciso a) sostiene que son los patrones socioculturales de conducta instalados que inciden en las prácticas discriminatorias, y el b) indica la necesidad de que, a través de la educación familiar, la maternidad sea vista como una función social, y que el cuidado y educación de los hijos e hijas se reconozca como una responsabilidad compartida.

El Comité de Expertas de la CEDAW, en su Recomendación general No. 35, no se limita a señalar las posibles situaciones de desigualdad generadas por los estereotipos de género, sino a instar a los Estados parte a desarrollar programas de educación y divulgación que contribuyan a eliminar los prejuicios y prácticas que obstaculizan la plena aplicación del principio de igualdad; asimismo, les advierte sobre la importancia de que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial atemperen sus actuaciones al principio de igualdad, en el entendido de adoptar y aplicar «[…] medidas para erradicar los prejuicios, los estereotipos y las prácticas que constituyen las causas fundamentales de la violencia por razón de género contra la mujer […]». En el ámbito judicial, se ha de «[…] garantizar que todos los procedimientos […] sean imparciales, justos y no se vean afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas, incluido el derecho internacional», con trascendencia a la valoración de la prueba, el derecho a la defensa y la efectividad de los recursos (2017, s.p.).

De las valoraciones antes expuestas, podemos constatar que la temática de la violencia de género no resulta solo compleja en su conceptualización, sino también en su adecuada comprensión y tratamiento en los diversos campos que coexisten en su tratamiento; por ello el Derecho patrio debe mantener una atinada coherencia con las normas internacionales que se han acordado y ratificado.

Entre los instrumentos jurídicos internacionales firmados por Cuba, relacionados con el análisis de la violencia de género, se encuentran: en

el año 2000, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo), ratificada el 9 de febrero de 2007, convirtiéndose en Estado parte. Como se sabe, la prostitución y la trata de personas forman parte de los delitos de la delincuencia organizada, por lo que, al firmar este importante documento, Cuba se obliga a valorar y aplicar todo lo que tenga que ver con la prevención, el enfrentamiento y la aplicación justa de la ley respecto a estos fenómenos.

Cuba está comprometida, también, con los siguientes convenios internacionales:

• Convención No. 105, de la OIT, sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1958.

• Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979: primero en firmarla (6-marzo-80) y segundo en ratificarla (17-julio-80). El Protocolo facultativo (de 1998) relativo a esta, lo firmó en marzo de 2010.

• Convenio de La Haya (protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional).

• Convención de los derechos del niño (uno de los 59 signatarios originales; la ratificó el 21-agosto-1991), en tanto presidió el Grupo de Trabajo establecido para negociar y redactar el Protocolo facultativo de esta, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, de 2000: estuvo entre los 10 primeros países que lo ratificaron.

Por ello, el abordaje de la violencia de género exige un conocimiento social y legal del tema, requiere de una mirada cultural y local, y obliga a la búsqueda constante de herramientas y respuestas integrales e integradas.

III. CODIFICACIÓN PENAL RESPECTO A LA VIOLENCIA DE GÉNERO: EL ETERNO DILEMA

En cuanto a las normas específicas sobre violencia contra las mujeres en la región, estas revisten básicamente dos modalidades: leyes especiales sobre la materia y modificación de códigos penales. En estudios realizados se constata que parte importante de los países cuenta con legislación específica sobre la materia promovida desde la década de los

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

años noventa: Argentina (1994), Bolivia (1995), Colombia (1996), Costa Rica (1996), Chile (1994), Ecuador (1995), El Salvador (1996), Guatemala (1996), Honduras (1997), México (1996), Nicaragua (1996), Panamá (1995), Paraguay, Perú (1993), República Dominicana (1997), Uruguay (1995), Venezuela (1998).

Según la práctica internacional se pueden destacar características comunes de las legislaciones latinoamericanas sobre este tipo de violencia, como son:

1) Énfasis en la búsqueda de canales de protección para las personas que sufren o se encuentran en riesgo de sufrir violencia.

2) Regulación de políticas públicas, sanciones y medidas recuperativas.

3) Carácter sumarísimo, sencillo, claro y especializado del proceso a seguir.

4) Constituyen un paso de avance no solo en el plano normativo, sino, fundamentalmente, en el campo de la aplicación.

5) Alternan las acciones legales con las tareas de prevención y educación.

Muchas de ellas, con el pasar de los años, han requerido modificación o actualización e incluso la promulgación o modificación de legislaciones relacionadas, para suprimir o modificar artículos, establecer protocolos de actuación, reglamentos, o proclamar instituciones, con el objetivo de que estén en reconocimiento y armonía con las políticas públicas aplicadas por sus países. A continuación, algunas de ellas:

Argentina. Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollan sus relaciones interpersonales, y su reglamentación. Garantiza, de manera general, los derechos reconocidos en la CEDAW, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Convención de los derechos del niño y la Ley 26.061, de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Consagra y reivindica el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y sin discriminaciones en todos los órdenes de la vida; el respeto a su dignidad, salud, educación y seguridad personal; la información y a decidir sobre sus derechos reproductivos; el acceso a la justicia y a recibir una asistencia integral y oportuna cuando padezcan cualquier tipo de violencia. Mediante el Artículo 12, se crea el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres en el ámbito del Consejo Nacional de la Mujer, destinado al monitoreo, recolección,

producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres.

Bolivia. Ley No. 1674, contra la violencia en la familia o doméstica, y Ley No. 348, para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, del 9 de marzo de 2013. Establece la política del Estado contra la violencia en la familia o doméstica, los hechos que constituyen violencia en este entorno, las sanciones que corresponden al autor y las medidas de prevención y protección inmediata a la víctima. Los bienes jurídicamente protegidos por la citada ley son la integridad física, psicológica, moral y sexual de cada uno de los integrantes del núcleo familiar. La erradicación de la violencia en la familia constituye una estrategia nacional.

Costa Rica. Ley No. 7586, contra la violencia doméstica. Regula la aplicación de las medidas de protección necesarias para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de ese tipo de violencia. A los jueces les corresponde brindar protección especial a las madres, niños, personas de 60 años o más y personas discapacitadas, tomando en cuenta las situaciones específicas de cada uno. Protege, en particular, a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja y donde exista abuso sexual incestuoso.

Honduras. Ley contra la violencia doméstica. Decreto No. 132-97. Decreto Reforma: 250-2005. Sus disposiciones son de orden público, de ineludible observancia y tienen por objeto proteger la integridad física, patrimonial y sexual de la mujer, contra cualquier forma de violencia por parte de su cónyuge, excónyuge, compañero, excompañero de hogar o cualquier relación afín con una pareja en la que medie, haya mediado o no, cohabitación, incluyendo aquellas relaciones en las que se sostiene o se ha sostenido una relación sentimental. Todo acto de discriminación y violencia doméstica contra la mujer será sancionado de conformidad con dicha ley, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la CEDAW y otras que se suscriban sobre la materia en el futuro.

Perú. Texto único ordenado de la Ley 26260 y la Ley 29282, que modifica a esta y al Código penal, en cuanto a las formas agravadas. Por dicha Ley, se establece la política del Estado y la sociedad frente a la violencia familiar que, según dicha norma, es cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, incluso amenaza o coacción grave y reiterada, así como la violencia sexual que se produzcan entre cónyuge, excónyuge, convivientes, exconvivientes,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan, o no, al momento de producirse la violencia.

México. El Gobierno del Distrito Federal promulgó en 1996 la Ley de asistencia y prevención de la violencia intrafamiliar, mientras que el Gobierno Federal aprobó las reformas a los códigos civil y penal de la República en 1997. Estas acciones reconocen la violencia dentro de las familias como un problema público. En el 2007 se aprobó la Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, publicada en el *Diario Oficial* el primero de febrero de 2007, la cual tiene por objeto establecer la coordinación entre la federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, así como los principios y modalidades para garantizar su acceso a una vida libre de violencia que favorezca su desarrollo y bienestar, conforme a los principios de igualdad y no discriminación, y garantizar la democracia, el desarrollo integral y sustentable que fortalezca la soberanía y el régimen democrático establecidos en la Constitución política del país. Según su Artículo 7, violencia familiar es el acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar, o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica y sexual a las mujeres, dentro o fuera del domicilio familiar, cuyo agresor tenga o haya tenido relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato, o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho.

Uruguay. Ley No. 17.514, de violencia doméstica, cuyo Artículo 1 declara de interés general las actividades orientadas a la prevención, detección temprana, atención y erradicación de esta, la que el Artículo 2 define como toda acción u omisión, directa o indirecta, que por cualquier medio limite ilegítimamente el libre ejercicio o goce de los derechos humanos de una persona, causada por otra con la cual tenga o haya tenido una relación de noviazgo o afectiva basada en la cohabitación y originada por parentesco, matrimonio o unión de hecho. El Artículo 3 pormenoriza las manifestaciones de violencia doméstica: física, psicológica o emocional, sexual, patrimonial.

República Dominicana. Ley 24-97 sobre violencia a la mujer. Esta ley sanciona tal violencia, la doméstica o intrafamiliar y garantiza los derechos

de toda persona, hombre o mujer, a que viva una relación de pareja sin tomar en cuenta que estén unidos legalmente, o no, es decir, estén casados o unidos en concubinato, así como los de cualquier persona que conviva en familia, entendiendo esta, además de padre, madre, hijo, esposo, pareja o expareja consensual, a los tíos, sobrinos, abuelos, bisabuelos, nietos, empleado doméstico, con sus correspondientes variantes femeninas, etc. Es de carácter penal, se promulgó como una modificación al Código penal y su contenido es mayormente coercitivo, al contemplar sanciones que conllevan privación de libertad, aunque incluye medidas civiles en las órdenes de protección.

Guatemala. Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Decreto número 22-2008, del Congreso de la República, de 2 de mayo de 2008. Tiene como objeto garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante la ley, particularmente cuando, por condición de género, en las relaciones de poder o confianza, el ámbito público o privado, quien agrede cometa en contra de ellas prácticas discriminatorias, de violencia física, psicológica, económica o menosprecio a sus derechos. Su fin es promover e implementar disposiciones orientadas a la erradicación de todo tipo de violencia contra las mujeres, a tenor de lo estipulado en la Constitución Política de la República e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres, ratificados por Guatemala.

Nicaragua. Ley No. 779 contra la violencia hacia la mujer y de Reformas a la Ley No. 641, Código penal, de 22 de febrero de 2012. Tiene por objeto actuar contra la violencia que se ejerce hacia las mujeres, con el propósito de proteger los derechos humanos y garantizarles una vida libre de violencia, que favorezca su desarrollo y bienestar, conforme a los principios de igualdad y no discriminación; establecer medidas de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia y prestar asistencia a las mujeres víctimas de violencia, impulsando cambios en los patrones socioculturales y patriarcales que sostienen las relaciones de poder.

Chile. Ley No. 19.325, de violencia intrafamiliar y Código penal, que establece los tipos penales relativos a delitos sexuales. Adoptada el 19 de agosto de 1994, entró en vigor el 27 de agosto de ese año. Protege la salud y bienestar físicos y psíquicos del grupo que convive, sea que se encuentre vinculado por relaciones de parentesco o de cuidado, y la sana relación de convivencia de estos. El 5 de febrero de 1996, se publicó en el

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Diario Oficial el Decreto supremo No. 1. 415, que aprobaba el Reglamento de la ley. En la ceremonia de promulgación, el presidente de la República manifestó que esta «forma parte de la respuesta social al problema de la violencia intrafamiliar y constituye un instrumento para provocar el cambio cultural necesario para lograr el respeto de los derechos y la dignidad de las personas». El objetivo de la ley, es dar protección a la mujer, como principal víctima intrafamiliar y dar protección a la familia en su conjunto.

El Salvador. Ley contra la violencia intrafamiliar, D.L. No. 902, de 28 de noviembre de 1996. Tiene por fines: Establecer mecanismos adecuados para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, en las relaciones de los miembros de la familia o en cualquier otra relación interpersonal de dichos miembros, compartan la misma vivienda o no; aplicar medidas preventivas, cautelares y de protección necesarias para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de tal violencia intrafamiliar; regular las medidas de rehabilitación para los ofensores; y proteger, de forma especial, a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores y con discapacidad. Esta protección es necesaria para disminuir la desigualdad de poder que exista entre las personas que constituyen una familia y tomar en cuenta la especial situación de cada una de ellas.

Puerto Rico. Ley de prevención e intervención con la violencia doméstica, No. 54, de 15 de agosto de 1989, efectiva ese propio día. Se relaciona con la Ley para la implantación de un Protocolo para manejar situaciones de violencia doméstica en lugares de trabajo o empleo, Ley No. 217, de 29 de septiembre de 2006.

A pesar del esfuerzo de estas legislaciones y de muchas más, ha sido necesaria la modificación de algunas de ellas, ya que en alguna medida han quedado vacíos o lagunas que atentan contra los objetivos de estas, ya sea en su regulación o su implementación, así como en ocasiones entra en contradicción la ley con el reglamento, como es el caso de Nicaragua.

No puede desconocerse el avance que ha significado, por una parte, la comprensión (aunque no siempre toda la deseada y necesaria) de esta situación como problema social, cuya atención y prevención no puede dejarse en manos del azar o de la voluntad de las víctimas; y, de otra, en consecuencia, su conversión en tema prioritario de la agenda y los acuerdos de importantes foros internacionales encabezados por

la ONU y suscritos por la mayoría de los gobiernos a escala mundial. Los resultados, aunque discretos e insuficientes aún, marcan el despegue en el enfrentamiento de una de las «epidemias» más viejas de la humanidad con la que esta ha convivido indiferente, como parte de su vida cotidiana.

No obstante los avances, es necesario insistir en el tema porque son insuficientes las respuestas desde la ciencia a un problema social que afecta a millones de seres humanos en todo el mundo. Además, se trata de un reflejo de las relaciones de poder androcéntricas, cuyas principales víctimas son mayoritariamente las mujeres y los niños, los grupos sociales más vulnerables e indefensos.

VI. TRATAMIENTO A ESTE ASUNTO EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO

La Ley No. 151, CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], coloca como pilar fundamental la determinación de que serán consideradas *delito* solo aquellas acciones u omisiones socialmente lesivas, intencionales o imprudentes prohibidas por la ley, marcando así una frontera entre lo verdaderamente dañoso para el desarrollo de la sociedad y sus expectativas y lo que no alcanza esa transcendencia.

Este baremo, al ser llevado a las acciones violentas, divide entre la violencia criminalizada y la no criminalizada, reguladas las primeras en el catálogo del CPE como delitos; y las restantes, sujetas a otras normativas del ordenamiento jurídico, lo que en modo alguno apunta hacia el silencio o la impunidad, sino hacia un uso justo y razonable de los preceptos de la norma penal.

El CPE vigente presenta la clásica división entre un Libro I dedicado a las cuestiones generales de principios e instituciones propias de esta materia legal y un Libro II contentivo del pliego de figuras delictivas propuestas para proteger los principales bienes y relaciones sociales que son jerarquizados por el Estado y sus ciudadanos con el merecimiento de sanciones que afectan la libertad, el patrimonio, las relaciones afectivas y parentales, entre otros importantes bienes jurídicos.

En el Libro I, la violencia de género encuentra su tratamiento en varias de las instituciones allí dispuestas: primero, en el contenido de algunas de las sanciones accesorias previstas para las personas naturales; segundo,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

como elemento para evaluar en las circunstancias atenuantes y agravantes, a tener en cuenta por el tribunal, al momento de fijar la pena; y en un tercer nivel, como regla de adecuación para valorar la extensión o cuantía de la sanción en los casos de delitos cometidos como resultado de la violencia de género o la familiar.

En el catálogo de sanciones accesorias para las personas naturales, llaman la atención dos de ellas que, de forma expresa, serán usadas por el órgano jurisdiccional para imponer consecuencias derivadas de la realización de hechos delictivos que expresen algunas de las manifestaciones de la violencia de género y de espacios familiares; se trata de la *Privación o suspensión de la responsabilidad parental, la remoción de la tutela, o la revocación del apoyo intenso para personas en situación de discapacidad* —Artículo 43 [GOR-O (93), 2022, p. 2573]—; y la *Prohibición de acercamiento a las víctimas, perjudicados u otras personas allegadas afectivamente* —Artículo 58.1 [GOR-O (93), 2022, p. 2577].

La primera que se menciona implica la pérdida o suspensión de los derechos, deberes y atribuciones inherentes a la responsabilidad parental, sin que se afecte la obligación de dar alimento. Esta sanción también alcanza la remoción de la tutela o la revocación del apoyo intenso a personas en situación de discapacidad, y se impone en los casos en los que el delito sea consecuencia del incumplimiento, la transgresión o el abuso de los derechos y deberes que le vienen impuestos al sancionado, en su condición de tutor del menor de edad o como representante legal de la persona en situación de discapacidad.

Para determinar la imposición y extensión temporal de esta sanción accesoria, el tribunal toma en cuenta varios elementos: a) La especial protección que requieren la infancia y la adolescencia, así como otras personas en situación de vulnerabilidad; b) La naturaleza y gravedad del delito cometido por el responsable; c) El grado de afectación física o mental que provocó el delito en la víctima; d) En caso de que esta sea una persona menor de edad, si ha sido objeto de la aplicación reiterada o habitual de formas inadecuadas de disciplina por parte del responsable; y e) La necesidad objetiva de la imposición de la sanción, con el fin de evitar nuevos delitos o actos de violencia familiar por parte del sancionado.

La accesoria mencionada (*Prohibición...)*, se dispone con el propósito de proteger a las personas afectadas por los delitos de atentado, contra la vida y la integridad corporal, la libertad e indemnidad sexual, la familia

y el desarrollo integral de las personas, los menores de edad, el honor y los derechos individuales, y en delitos cometidos como resultado de la violencia de género o la violencia familiar, aunque no estén comprendidos en los anteriores; pudiendo ser además una continuidad, ahora en condición de pena, de la medida cautelar que el acusado tenía fijada durante el proceso penal con el mismo propósito de mantenerlo alejado de estas personas afectadas por su actuar, conforme a las previsiones de los artículos 355 g) y 368.1 y 2 de la Ley No. 143, LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4559, 4162] que estableció dicha medida para el aseguramiento de las personas naturales y sus bienes.

En la adecuación de las sanciones, las expresiones de la violencia de género y familiares encuentran impacto en el listado de circunstancias atenuantes y agravantes que implican el acercamiento a los límites mínimos o máximos de los marcos sancionatorios, según la naturaleza que tengan; las circunstancias atenuantes inclinan la balanza hacia los valores mínimos y las agravantes hacia las penas marcadas en los límites máximos. En ese sentido, el nuevo CPE, entre las denominadas atenuantes, refleja «[…] cometer el hecho como consecuencia de haber sido objeto, de manera continua y persistente, de violencia de género o de violencia familiar, proveniente de la víctima del delito» —Artículo 79 i), CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2584]—; y en las agravantes,

> […] cometer el delito como consecuencia de la violencia de género o la violencia familiar, discriminación de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial o cualquiera otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana. (Artículo 80 n), CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2585]

En igual sentido adecuativo, la nueva norma penal, en el Artículo 75 [GOR-O (93), 2022, p. 2582], concibe una regla expresa para valorar la extensión o cuantía de la sanción en los casos de delitos cometidos como resultado de la violencia de género o familiar, en la que el tribunal, al momento de fijar la sanción, tendrá en cuenta: a) La naturaleza y gravedad del delito cometido, determinada por la entidad de la violencia manifestada en su actuación ilícita y por la reiteración o habitualidad de la conducta; b) El grado de afectación directa que provocó el delito en la víctima; c) Si el acusado ha cometido con anterioridad delitos como resultado de la violencia de género o familiar; d) En caso de que la víctima sea una persona

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

menor de edad, si esta ha sido objeto de la aplicación reiterada o habitual de formas inadecuadas de disciplina por parte del responsable, y e) La necesidad objetiva de la sanción, con el fin de evitar que el sancionado incurra en nuevos hechos de esta naturaleza.

Por su parte el Artículo 76 de la ley penal sustantiva [GOR-O (93), 2022, p. 2582] incursiona en una de las esferas más complejas y menos atendidas en cuanto a la violencia de género: el tratamiento al victimario, pues el tribunal podrá fijar al sancionado algunas obligaciones, una de ellas la de recibir tratamiento psicológico obligatorio, en la institución que dicho órgano establezca. Este mandamiento implica un paso importante en la concatenación de las dos rutas básicas en la evaluación y el trato a esta situación social (salud y justicia) y también un paso en la búsqueda de soluciones integradas e integrales.

V. DELITOS Y VIOLENCIA DE GÉNERO

El Libro II del CPE actualiza las figuras delictivas que tienen como objetivo proteger los derechos, bienes y relaciones sociales entendidas como trascendentes para la sociedad cubana, quedando un importante espacio de sus regulaciones para tratar las diversas manifestaciones de la violencia de género en familias de delitos que van, desde los que lastiman derechos del trabajo, la seguridad social, los individuales, la dignidad humana, los que afectan la vida y la integridad de las personas, hasta aquellos que transgreden la libertad e indemnidad sexual de los seres humanos.

De este amplio y detallado articulado, la autora seleccionó algunas figuras que durante largo tiempo fueron anheladas en el catálogo de delitos del entorno cubano, atendiendo a la relación directa que guardan con la violencia de género y familiar.

Así resalta el delito de Acoso laboral, previsto en el Artículo 327 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2656], el que eleva la sanción a privación de libertad de uno a tres años o multa de 300 a mil cuotas, o ambas, si en el hecho: a) Se provocan en la víctima efectos nocivos sobre su bienestar e integridad física o mental; b) La víctima es una persona menor de 18 años de edad, o en estado de discapacidad mental o de otro tipo; c) La víctima es subordinada del responsable del delito; y d) El delito se comete como consecuencia de la violencia de género, o por motivos discriminatorios de cualquier tipo.

El delito de Asesinato (artículos 344 y 345, CPE) [GOR-O (93), 2022, pp. 2661 y 2662] se integra al ser ocasionada la muerte de la persona por motivo de discriminación de cualquier tipo, pudiendo ser merecedor el comisor de una sanción en extremo grave si

> [...] a) de propósito, mata a un ascendiente o descendiente, o a la persona con la que mantiene o ha mantenido una relación conyugal o de pareja de hecho afectiva; b) da muerte a una mujer como consecuencia de la violencia de género; c) si ejecuta el hecho por motivo de odio contra la víctima por motivo de su raza, religión, género, identidad de género u orientación sexual.

De su lectura pueden suscitarse algunos interrogantes interesantes; ¿aparece el tipo penal de femicidio en la letra de la norma penal cubana?, ¿toda muerte de una mujer implica una expresión de violencia de género?, ¿quedaron plasmados en el CPE los denominados crímenes de odio?

Tomando postura en las preguntas antes planteadas, la autora considera que el legislador nacional decidió regular el delito de femicidio en el Artículo 345.2 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2662], sin necesidad de remarcarlo explícitamente en el texto de la ley, pero sí ofreciendo los elementos de tipicidad que caracterizan a esta figura, «muerte de una mujer como consecuencia de la violencia de género».

A partir de esta primera idea, es evidente que el provocar el deceso a una mujer no siempre va a constituir una expresión de violencia de género; tal calificación dependerá del análisis y la reconstrucción de elementos probatorios que permitan comprobar la existencia de un ejercicio de discriminación extrema y de menosprecio a la condición de ser mujer, valoración que debe partir del establecimiento de las relaciones entre víctima y victimario(a), posibles historias de violencia, manifestaciones de desprecio y ejercicio arbitrario de poder ante la figura de una mujer, los antecedentes de violencia y comportamiento de los victimarios(as), entre otros elementos.

En cuanto al tercer interrogante, debe partirse de las características fundamentales de los denominados crímenes de odio:

• En ellos las víctimas son intencionalmente seleccionadas al portar una característica específica que no pueden o no quieren modificar. El

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

delito que se perpetra es un mensaje que se envía a los miembros de la comunidad.

• A las víctimas se les causa un daño físico y emocional incalculable; además se atemoriza a todo el colectivo y se amenaza la seguridad de los ciudadanos.

• Reconocer su existencia implica señalar que un delito de odio puede ser cualquiera realizado por intolerancia contra personas, colectivos sociales y/o sus bienes, cuando la víctima, los bienes o el objetivo de aquel hayan sido seleccionados por prejuicios o animadversión a su condición social, vinculación, pertenencia o relación con un grupo social definido por su origen nacional, étnico o racial, idioma, color, religión, identidad, género, edad, discapacidad mental o física, orientación sexual, indigencia, enfermedad o cualquier otro factor heterófobo.

Estas características permiten determinar que el legislador de forma oportuna creó tres espacios bien delimitados en el tipo penal de Asesinato, uno en la figura básica al causarse la muerte por discriminación de cualquier tipo, y los otros dos en los apartados del ya mencionado Artículo 345 [GOR-O (93), 2022, p. 2662]; el femicidio y los crímenes de odio. El tino en su correcta calificación dependerá de dos aspectos esenciales, un adecuado conocimiento de la violencia de género y sus manifestaciones, unido al material probatorio que corrobore las diferentes situaciones que se pueden presentar.

En el delito de Lesiones se resuelve una arcaica disputa interpretativa, al consignarse de manera expresa que estas, sean graves o no, pueden provocar secuelas no solo anatómicas y físicas, sino también psíquicas. Queda así esclarecido el particular de que la violencia psicológica es también penalizada a partir de su real lesividad social —Artículo 346, CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2662].

Este propio tipo penal en el Artículo 350.1 [GOR-O (93), 2022, p. 2663] incrementa en un tercio los límites mínimos y máximos de los hechos previstos en los artículos 346, 347 y 348 de este Código [GOR-O (93), 2022, pp. 2662 y 2663], si

> se cometen como consecuencia de la violencia de género o la violencia familiar ejercida contra un ascendiente, descendiente o pariente hasta el cuarto grado de [consanguinidad] o segundo de afinidad, o contra la persona con la que mantiene o ha mantenido una relación conyugal o de pareja de hecho afectiva; o

se ejecute por motivo de discriminación de género, odio racial, religioso, orientación sexual o identidad de género.

Uno de los títulos de mayor impacto en el proceso de perfeccionamiento de la letra del CPE lo es, sin dudas, el dedicado a los conocidos como delitos sexuales, ahora bajo la sombrilla de «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual de las personas», el que permite, a partir de su reformulación, una adecuada y real protección de la sexualidad humana y en ella, el tratamiento diferente a las conductas que expresan una relación con la violencia de género; podemos colocar como ejemplo el tratamiento que se le concede a los delitos de Agresión sexual, Abusos sexuales, Acoso y Ultraje sexual, cuando son perpetrados como manifestación de este tipo de violencia.

El término de indemnidad sexual utilizado por el legislador viene a proteger a aquellas personas que, como sujetos pasivos, carecen de la libertad sexual, ya sea definitiva o provisional, como en el caso de los menores o de los incapaces y deficientes mentales.

Por su parte, el vocablo *libertad* implica una autonomía para hacer uso, o no, del propio cuerpo a efectos sexuales, así como ejercer medios de defensa o protección personal pertinentes frente a actuaciones ajenas de esa naturaleza, siendo este uno de los de mayor aceptación en la teoría y la normativa penal contemporánea, al dejar a salvo la esfera íntima y voluntaria del sujeto adulto mentalmente capaz, e interviniendo solo cuando se lesione el derecho de otra persona.

Muñoz Conde (2001, p. 195), al referirse a la indemnidad sexual, entendida como eje de protección sexual, señala que se pretende justificar la ampliación o creación de algunos tipos delictivos que no se ajustan al bien jurídico analizado, haciendo cuestionable su existencia.

Al referirse el propio autor a la libertad, resalta su preminencia como bien jurídico que se coloca después de la salud y la vida, siendo de los más expuestos a ser atacados en la convivencia diaria de manera directa o como medio para atentar contra otros bienes jurídicos. Apartarse de la libertad, en sentido general, para retomar la libertad sexual como disposición del propio cuerpo, merecedor de protección específica, permite admitir su propia autonomía (Muñoz Conde, 2001, p. 99).

Por tanto, la libertad sexual se caracteriza por la existencia de capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual y la voluntad necesaria y suficiente para consentirlo.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

De esta manera los bienes jurídicos *libertad* e *indemnidad sexual* quedaron debidamente plasmados en la letra de la nueva norma penal y a ellos se sumaron otros importantes bienes requeridos de protección, como son las familias y el desarrollo integral de las personas menores de edad, teniendo las expresiones de violencia un significativo impacto en la calificación y sanción de varios de los tipos penales contenidos en este título.

La protección a la dignidad humana queda consagrada en la nueva ley sustantiva cubana a través del Título XIII con la tipificación de nuevas conductas: tráfico de órganos humanos, desaparición forzada, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y trabajo forzoso u obligatorio, junto a otras ya existentes en la Ley No. 62 de 1987, Código penal (CP) (Rivero y Bertot, 2009). En el trabajo del legislador se destaca la valoración e implicación de la cuestión del género en la tipología de varias de estas figuras delictivas, bien en su forma básica, bien en las modalidades agravadas de estas; sirvan de ejemplo la Trata de personas, regulada en el Artículo 363.1, 2 y 3, y la Venta, compra y tráfico de personas menores de edad, entre otras.

Los derechos individuales y los delitos contra el patrimonio recibieron también la mirada de género; resaltan los tipos penales de Amenaza, Privación ilegal de libertad, Hurto y Chantaje; en todos estos casos, la sanción a imponer será más severa ante la manifestación de la violencia basada en género.

No se debe concluir este espacio de reflexiones sin resaltar uno de los aspectos de mayor impacto en el tratamiento a la violencia de género: el requisito de perseguibilidad, referido a la denuncia de la persona legitimada para hacerlo en los delitos que así lo requieran. Este, en más de una ocasión, se convirtió en un freno en la búsqueda de la justicia y en el arranque de la maquinaria legal, al hacerse condicionar el conocimiento del delito o el mantenimiento del proceso en la voluntad constreñida de una persona víctima de la violencia de género, la que en ocasiones llega a depender de su victimario en cualquiera de los sentidos.

La mirada con espejuelos de equidad a esta dificultad procesal llevó al legislador del nuevo CPE a establecer en varios artículos el pronunciamiento de no requerirse de la denuncia de las personas facultadas, cuando se trate de hechos que son consecuencia de la violencia de género o familiar, así como no aceptar el desistimiento de aquellas, ya

comenzado el proceso, cuando se pueda comprobar que esta decisión es resultado de una manipulación de su voluntad —Artículo 389 [GOR-O (93), 2022, p. 2675].

VI. CONCLUSIONES

Lo expuesto revela algunas pinceladas de las principales regulaciones que dedica el nuevo CPE [GOR-O (93), 2022] para tratar aquellos comportamientos que expresan manifestaciones de la violencia de género y en los espacios familiares. Es solo algo así como tocar a la puerta y dejar un recado. El camino es más complejo que la existencia de buenas leyes y buenos seres humanos para interpretarlas y aplicarlas: es la construcción de una nueva cultura de derechos, respeto y paz, es la armazón de un derecho a soñar con lo mejor.

El género es una categoría de las ciencias sociales que permite analizar la relación entre hombres y mujeres. Se puede entender como la red de símbolos culturales, conceptos normativos y patrones institucionales, que contribuyen a conformar la identidad de género.

La violencia de género se define como una forma extrema de la discriminación y representa un problema complejo y estructural, se funda en la desigualdad jerárquica entre hombres y mujeres, constituyendo una violación de los derechos humanos, en la que se conectan otros ejes de opresión, como la clase social, el color de la piel, la ocupación, la sexualidad, el territorio y las situaciones de discapacidad.

En el Libro I del CPE [GOR-O (93), 2022, pp 2558-2599], la violencia de género encuentra su tratamiento en el contenido de algunas de las sanciones accesorias previstas para las personas naturales, como elemento para evaluar en las circunstancias atenuantes y agravantes a tener en cuenta por el tribunal al momento de fijar la pena y como regla de adecuación para valorar la extensión o cuantía de la sanción.

El Libro II [GOR-O (93), 2022, pp. 2599-2696] actualiza las figuras delictivas que tienen como objetivo proteger los derechos, bienes y relaciones sociales entendidos como trascendentes para la sociedad cubana, quedando un importante espacio de sus regulaciones para tratar las diversas manifestaciones de la violencia de género en familias de delitos, que van, desde los que lastiman los derechos del trabajo y la seguridad social, los que afectan la vida y la integridad de las personas, los que atentan contra los derechos individuales y la dignidad humana, hasta

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

aquellos que transgreden la libertad e indemnidad sexual de los seres humanos.

En el eterno dilema del Derecho penal: ¿Vigilar o castigar?, este debe decidir si coloca sus fuertes herramientas de delitos y penas o dejar que otros escenarios jurídicos resuelvan las controversias sociales. En materia de violencia de género y en los espacios familiares, la cautela y la mesura deben ser mayores; castigar las manifestaciones de estas formas de violencia no será nunca la solución, el Derecho penal siempre llegará demasiado tarde y cuando quede poco o nada por hacer; por ello, la mirada debe estar en una educación de respeto y derechos combinada con el uso de la vigilancia y el castigo en sentido racional.

Ante esta indiscutible realidad, queda entonces ser más realistas y sumarse a las palabras de Valle (1996): «Hasta que no llegue el momento de 'algo mejor' que el Derecho penal, no es mala cosa atenuar la espera con un Derecho penal, 'algo mejor'» (p.13).

VII. REFERENCIAS

Acuerdo No. 9231 de 2021. Consejo de Ministros. Estrategia integral de prevención a la violencia de género y en el escenario familiar. (Diciembre 9, 2021). GOR-E (101), 837-874.

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. (Julio 26, 2017). *Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general 19*. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1979). Naciones Unidas. http://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Decreto presidencial No. 198. (Febrero 20, 2021). GOR-E (14), 247-259.

Facio Montejo, Alda. (2000) El acceso a la justicia desde la perspectiva de género.

Ley No. 62, Código penal. (2009). En Rivero García, D. y Bertot Yero, M. C. *Código penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular)*. ONBC.

Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 22, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.

Muñoz Conde, F. (2001) *Derecho penal, parte especial*. (13.ª ed. con apéndice de puesta al día). Tirant lo Blanch.

Organización Mundial de la Salud. (1996). WHO. *Global Consultation on Violence and Health. Violence: a public health priority*. http://www.scielo.org.pe/pdf/rnp/v81n1/a01v81n1.pdf

Valle Muñiz, J. M. (1996). *Nuevo código penal español*. Aranzadi.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Julio 29, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

TRATAMIENTO JURÍDICO A LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

LEGAL TREATMENT OF MINORS IN CONFLICT WITH THE CRIMINAL LAW

M.Sc. Odalys Quintero Silverio
Magistrada, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo Popular, Cuba
Código ORCID: 0009-0007-1183-3461
odalysq@tsp.gob.cu

Resumen

El trabajo aborda el tema de la edad penal y su tratamiento en Cuba, desde una perspectiva ilustrativa y crítica, utilizando como métodos el análisis de documentos, el histórico-dialéctico y el de comparación jurídica. Tiene como objetivo el abordaje del tema a nivel nacional, con enfoque en la forma en que se le ha concebido en la reciente reforma legislativa del país, y la identificación de aquellos aspectos susceptibles de corrección.

Palabras clave: Edad penal; menores en conflicto con la ley penal; reforma penal; tratamiento penal a menores de edad.

Abstract

This work approaches the issue of the age of criminal responsibility and its treatment in Cuba from an illustrative and critical perspective, using document analysis, historical-dialectical analysis and legal comparison as methods. Its objective is to address the issue at the national level, focusing on the way in which it has been conceived in the recent legislative reform of the country, and the identification of those aspects that could be corrected.

Keywords: *Penal age; minors in conflict with criminal law; penal reform; penal treatment of minors.*

Sumario

I. Introducción; II. Breve referencia a los modelos de administración de justicia de menores; III. Evolución del tratamiento de la justicia penal de menores en Cuba; IV. Enfoque desde la reciente reforma legislativa cubana; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Establecer el límite en el que una persona debe responder penalmente es fuente de múltiples empeños, análisis científicos y prácticos, sin que, en la multiplicidad de ocasiones en que el tema ha sido objeto de estudio haya podido poner de acuerdo a los que de ello se ocupan, porque en esta determinación influyen factores no solo biopsicológicos, sino también de orden social y criminológico.

El Artículo 1 de la CDN [Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (OACNU), 2014, p. 121] establece los 18 años como la mayoría de edad; sin embargo, tal principio no resulta obligatorio para los países signatarios, los que, en correspondencia con su idiosincrasia, tradición jurídica e intereses, pueden adoptar la que decidan. El instrumento internacional, no obstante, les hace la sugerencia de que, en el caso de no coincidir con la Convención, deberá proveerse al menor de ese límite etario, procesado penalmente, un plexo de garantías que asegure el debido proceso y, por tanto, la protección especial que merece, en atención a su condición de persona en desarrollo.

Así, por ejemplo, en España, Italia, Austria, Holanda, Alemania, Hungría, Bulgaria y Croacia, se responde penalmente desde los 14 años, Irlanda (siete), Reino Unido (ocho), Francia y Grecia (13), Finlandia y Noruega (15) (Fernández, 2017, s.p.).

Un panorama semejante presenta el continente americano. En Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Salvador y Honduras, el límite mínimo para exigir responsabilidad penal es de 12 años (Fernández, 2017, s.p.), en Argentina (16), mientras que, en los EE.UU., no todos los estados fijan el mismo mínimo etario para la punición penal (Santana y Betancourt, 2022, s.p.).

La ley penal cubana [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] adopta los 16 años como la edad en la que el individuo responde penalmente y, cumpliendo con lo dispuesto en los artículos 86 y 87 de la CRC [GOR-E (5),

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

2022, p. 85], en relación con la protección especial de que son merecedores NNA, al igual que con la mencionada convención, la reforma procesal aborda el tema de manera responsable, al proyectar un sistema de garantías que explícitamente consta en el texto de la disposición normativa.

El modelo cubano, a pesar de fijar la edad penal en 16 años, mantiene el tratamiento a aquellos menores en conflicto con la ley penal que no alcanzan ese límite etario, a quienes les dispensa una atención cuyo sustento es reducativo, de formación y creación de las capacidades para enfrentar una vida digna, marcada por valores.

El trabajo que se desarrolla tiene por objetivo ilustrar sobre el abordaje de esta cuestión en Cuba, enfocar el tratamiento recibido en la reciente reforma legislativa y, desde una perspectiva crítica, identificar aquellos aspectos susceptibles de modificación futura.

II. BREVE REFERENCIA A LOS MODELOS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES

A través de la historia, como sustento filosófico de la atención a NNA en conflicto con la ley penal, han dominado, por su preminencia, dos tendencias básicas: la doctrina de la situación irregular y la de la protección integral.

La primera de ellas expone que la protección de NNA en conflicto con la ley penal corresponde a la jurisdicción de menores y son estos jueces los facultados para decidir la atención social y el tratamiento reducativo de aquellos cuando son infractores. El Instituto Interamericano del Niño, más abarcador en su concepto, incluye no solo al NNA que ha incurrido en un hecho antisocial, sino también al que se encuentra en estado de peligro, abandono material o moral, o padece de un déficit físico o mental (Armas, 2006, pp. 202, 220-232).

En general, esta tendencia se caracteriza por evidenciar la variedad en la adopción del contenido de la categoría *infancia*, que incluye a NNA y menores, estos últimos entendidos como aquellas personas por debajo del límite mínimo de edad excluidas de las políticas sociales, que no poseen las formas admitidas de socialización, por diferentes razones. Supone una instancia especial para su atención (jurisdicción de menores) en la que el juez centraliza el poder de decisión, lo que facilita la

arbitrariedad, sobre todo porque puede ignorar la norma jurídica, en tanto la vía administrativa se considera más eficaz. Es más expedita, pues, en la medida que se sustrae de los procedimientos y las normas penales, se muestra práctica y rápida, pero, con frecuencia, margina al menor, en cuanto a los derechos y las garantías que las constituciones habitualmente reconocen al ciudadano común. En tal corriente, el juez fija las medidas a aplicar con carácter indeterminado, en dependencia de la evolución del corregido y con la justificación del interés de este, para su protección y reducación.

Por su parte, la doctrina de la protección integral, que tiene como sustento la CDN (OACNU, 2014), sitúa a la persona menor en su condición de sujeto, y refuerza la obligación de protección y educación de los Estados y los adultos, en función del ISN. Esta teoría se apoya en los principios y las garantías que protegen a aquel; tal es el caso del principio de legalidad, conforme al cual las infracciones por las que reciban medidas deben estar recogidas en la ley, al igual que la constitución de los órganos que las juzguen.

Otro pilar erigido en garantía que informa esta doctrina es el principio del ISN, que propugna la prioridad absoluta de las personas menores, incluidas aquellas que se encuentren en conflicto con la ley penal. Forman parte del plexo de garantías, además, el principio de humanismo, que proscribe las penas crueles y degradantes, entre ellas la de muerte y las corporales; el de celeridad, que garantiza el mínimo de daño por el transcurso del tiempo; el de jurisdiccionalidad, para establecer una jurisdicción especializada, independiente e imparcial, con definición de partes que garanticen el contradictorio, como rector del proceso; la presencia de abogado o asesor capacitado; el establecimiento de la presunción de inocencia y el derecho al recurso contra la resolución que determine la medida; la confidencialidad del proceso, para evitar la estigmatización y garantizar una reincorporación social adecuada; sin desdeñar el principio de intervención mínima, que supone acudir al Derecho penal, solo si la sociedad no es capaz de resolver el problema mediante otros mecanismos.

En fin, la doctrina defiende el debido proceso, tan común y aludido cuando de adultos se trata, tomado en cuenta no solo por la mencionada CDN, sino también por otros instrumentos internacionales como las Reglas de Beijín (1985, s.p.), las Reglas mínimas de Naciones Unidas

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

para la protección de los jóvenes privados de libertad (1990, s.p.) y las Directrices de Riad (1985, s.p.).

Sobre la base de estas teorías se erigen modelos de administración de justicia de menores, entre ellos los que se explican a continuación.

• *Tutelar o asistencial*. Tiene por fundamento la doctrina de la situación irregular y supone la creación de tribunales con procedimientos especializados para el tratamiento de menores transgresores; es un modelo de corte inquisitivo y positivista, basado en medidas de seguridad indeterminadas para adaptar a aquellos y reorientarlos, y en el que las garantías se desplazan a un plano inferior. Sus defensores arguyen como ventajas la sustracción del infractor del Derecho penal, sin advertir que con ello también lo sustraen del sistema de garantías que aquel le aporta (Armas, 2006, pp. 202, 220-232).

• *Comunal*. Descarta la judicialización de los procesos en que figuren como infractores las personas menores de edad; está informado por el ISN, y su rehabilitación y protección se realizan por la vía social, mediante los Consejos de la niñez o Jurados de la infancia, que actúan sobre el NNA y la familia en la solución de los problemas sociales y legales que estos presenten, reconociendo el estatus de dependencia del adulto, quien decide en última instancia. Carece de un proceso específico y tiene por fin la reinserción social de las personas menores en conflicto.

• *Educativo*. Su fin directo es la reducación sin necesidad de acudir a la justicia penal. Propicia la mediación y privilegia la mantención del NNA al lado de su familia. Este modelo ha servido de cobija a asociaciones y organismos privados dedicados al trabajo con este estrato, utilizando medidas informales de conciliación con las víctimas, que descartan, en principio, los sistemas tradicionales de justicia.

• *De justicia o responsabilidad*. Parte de la diferenciación entre los conflictos sociales y los que se presentan con la ley penal, a fin de definir el tratamiento de estos últimos en cuanto a los menores de edad infractores, que abarque un sistema de protección social y legal. El modelo apunta a la extensión de los derechos y las garantías de la justicia de adultos a la de menores, previa creación de una jurisdicción especializada, con un proceso especial y medidas reducativas. La propuesta incluye la instauración de los principios de oportunidad, celeridad y flexibilidad, que permiten un tratamiento más personalizado a la persona menor infractora.

III. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL DE MENORES EN CUBA

La CDN (OACNU, 2014) fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, abierta a la firma el 6 de enero de 1990 y firmada por Cuba el 26 de enero de ese propio año. Ya desde 1978, el país tenía el antecedente del Código de la niñez y la juventud, que establecía principios primordiales para el tratamiento de este segmento poblacional, antes que la Convención, y expresaba la voluntad estatal y social de proteger a las personas menores de edad, y cumplir con la obligación cívica de formar hombres dignos, comprometidos con la sociedad, la humanidad y la familia.

Sin embargo, el primer cuerpo legal vigente en Cuba, respecto a la justicia de menores, fue el Código español de 1870, extendido al país por el Real Decreto de 23 de mayo de 1879, el que establecía la responsabilidad penal de las personas menores a partir de los nueve años de edad. Años después, en 1883, se creó el asilo «Del buen pastor», para niños entre esa edad y 11 años, acusados de prostitución, carácter violento y otros comportamientos irregulares.

En 1900 se crearon las escuelas correccionales de Guanajay, para niños, y de Aldecoa, destinada a niñas, subordinadas a la Secretaría de Estado y de Gobernación, en cuyos reglamentos se estableció que los mayores de 14 años, considerados perniciosos por su conducta, podrían ser enviados a los tribunales y remitidos a la cárcel hasta los 18 años de edad.

La Ley de beneficencia de 1900 extendió la responsabilidad absoluta a 10 años, y la Ley orgánica del Poder Ejecutivo (Decreto No. 78, de 12 de enero de 1909) la mantuvo, hasta la entrada en vigor del Código de defensa social, que fijó la edad penal en 12 años y concibió la atenuación de las condenas para los mayores de ese límite e inferiores a 18. Las medidas que contemplaba tal disposición tenían carácter tutelar: reclusión en el propio domicilio, pupilaje escolar, reclusión en hogar honrado, establecimientos especiales de educación técnica, hospitalización, entre otras; o de reclusión en reformatorio juvenil. Introdujo el estado peligroso, el cual permitía que los menores de 12 años que cometieran delito fueran declarados en estado peligroso por una jurisdicción especial para ellos.

Con la entrada en vigor de la Ley Fundamental de la República, de 7 de febrero de 1959 (Torres Cuevas, 2018, pp. 901-932), se produjo un

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

retorno a la Constitución de 1940 (Torres Cuevas, 2018, pp. 453-764) y se constituyeron los tribunales de menores; pero, como no se crearon las leyes complementarias que viabilizaran su realización, la pretensión legislativa quedó atrapada en el papel, razón por la que su juzgamiento continuó por los tribunales de adultos.

No obstante, el humanismo fue permeando la creación legislativa en el tratamiento de la persona menor en conflicto con la ley penal y, el 15 de septiembre de 1959, se dictó la Ley No. 548, que creó las Casas de Observación, cuyo objeto social era la custodia provisional, la observación y el diagnóstico de quienes tenían una edad inferior de 18 años de edad que cometían delitos o contravenciones. A partir de ahí, se comenzó una labor especializada por personal capacitado, que realizaba estudios acerca de aquel, que ponían a disposición de los tribunales con el objetivo de dotarlos de información suficiente para ese acto.

El Ministerio de Educación asumió, en 1961, la custodia provisional de menores que incurrían en conductas antisociales o practicaban la mendicidad, a los que se les suministraba un tratamiento especializado. Un año después, se dictó la Resolución No. 1001, de 27 de marzo, con la que se creó el Departamento de Prevención y Seguridad Social, dedicado a la atención de los integrantes de ese grupo etario transgresores, y los centros de rehabilitación quedaron subordinados al MININT.

A partir de 1964, el juzgamiento de menores en conflicto con la ley penal estuvo a cargo de una Sala Especial de la Audiencia de La Habana.

En 1966, se creó el primer centro de evaluación, análisis y orientación de menores, de La Habana (CEAOM), con el objetivo de que el personal especializado que allí trabajaba comenzara a evaluarlos, desde el punto de vista socio-psicológico y pedagógico, para que los tribunales provinciales y regionales dispusieran de elementos en el momento de imponer las medidas, especialmente la de reclusión en un centro de reducación, actividad que alcanzó regularidad en 1974.

La Ley No. 21 de 1979, CP [GOR-O (3), 1979, p. 50] elevó la edad penal a los 16 años, límite que permanece en la actualidad; y dispuso que, en tanto se dictara una ley para el juzgamiento de los menores en conflicto con la ley penal, las personas comprendidas entre 14 y 16 años, serían juzgadas por el Código de defensa social.

En el año 1982, se dictó el Decreto-Ley No. 64 [GOR-ES (10), pp. 31-36], que rige el tratamiento de las personas menores en conflicto con la ley

penal en Cuba, complementado con las leyes No. 5, de 1977 (LPP), No. 21, de 1979 (CP) y, más tarde, por la No. 62, de 1987, de igual denominación.

A la luz de esas legislaciones, el sistema cubano de atención a menores con trastornos de conducta diseña un esquema que contempla a las personas en esas edades transgresoras de la ley penal, a aquellas con indisciplinas graves o trastornos permanentes de la conducta que dificultan el aprendizaje en las escuelas del Sistema Nacional de Enseñanza, y a quienes muestran conductas disociales o con manifestaciones antisociales que no llegan a constituir índices significativos de desviación y peligrosidad social.

De manera que, clasificar el sistema propio, con respecto a los modelos tradicionales, recién explicados, resulta harto difícil, porque en su esquema confluyen características del tutelar y del de responsabilidad, con fines de reorientación o reducación, regidos por el MINED y el MININT, cada uno con Consejos de Atención a Menores, integrados por especialistas relacionados con la materia: psicólogos, pedagogos, juristas, quienes adoptan las medidas pertinentes para corregir el problema, con el auxilio de los CDO, o los CEAOM. El modelo sale de la justicia penal y potencia los perfiles pedagógico, psicológico y jurídico, para determinar los rasgos de la personalidad del evaluado y encomendar, en correspondencia con ello, la medida a aplicar.

Entre las medidas, el Artículo 20 del Decreto-Ley No. 64 [GOR-ES (10), 1982, p. 34] prevé:

1) Internamiento o asistencia obligatoria a una escuela de conducta regida por el MINED o reclusión en un centro de reducación del MININT.

2) Internamiento obligatorio en un centro asistencial del Ministerio de Salud Pública.

3) Obligación de tratamiento médico ambulatorio.

4) Vigilancia y atención por el MININT.

5) Vigilancia reforzada de los padres o tutores de los que tengan a su cargo al menor.

6) Atención individualizada en las escuelas del SNE, encaminada a la corrección de la conducta, sin necesidad de internamiento en escuelas especializadas.

7) Ubicación como aprendiz de un oficio en una unidad laboral, de acuerdo con las exigencias de las leyes laborales vigentes.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

8) Atención por trabajadores sociales de la FMC.

Las decisiones que adopten los consejos, en todos los casos, irán precedidas del análisis de las evaluaciones realizadas por los CDO o los CEAOM, con las recomendaciones de medidas incluidas, en correspondencia con lo evaluado.

Con la promulgación del Decreto-Ley No. 64 [GOR-ES (10), 1982, pp. 31-36] ocurre un cambio en la proyección del tratamiento del menor con trastorno de conducta, en tanto introduce normativamente la intervención psicopedagógica con fines reducativos y de orientación de la conducta, lo cual no descarta su perfectibilidad.

Al fiscal le corresponde, en este ámbito, el control de la legalidad en el más amplio espectro; ello incluye las visitas a los centros mencionados, a la par que la representación de las personas menores de edad en condición de vulnerabilidad y la defensa de sus intereses.

Un análisis del Decreto-Ley No. 64 [GOR-ES (10), 1982, pp. 31-36] conlleva a la ineludible posición de considerar que aún quedan pendientes muchas soluciones por evaluar. A la luz del debido proceso, debe examinarse la justicia de menores de 16 años de edad, con vistas a su perfeccionamiento, partiendo de los mismos presupuestos que, sobre ese tema, establecen los artículos 94 y 95 de la CRC [GOR-E (5), pp. 86-87], garantías que, en virtud de la reforma procesal de 2021, les asisten hoy a los jóvenes comprendidos entre los 16 y 18 años.

De esta forma, la decisión sobre el caso se colocaría en un órgano neutral, ante el que el menor pueda ser representado por el abogado de su elección o por uno que se le designe de oficio, aportar sus pruebas, obtener una resolución fundada que resuelva el conflicto, recurrir la decisión ante un órgano superior (Mendoza y Goite, 2020, pp. 168-183), disponer de un proceso rápido y sin dilaciones e, incluso, acceder al tribunal, si definitivamente la solución legislativa mantuviera esa facultad en un órgano no judicial, lo que acercaría la previsión normativa a los preceptos de la CDN.

No ocurre igual con el tratamiento de los infractores menores de 18 años de edad, con 16 años cumplidos. La promulgación de las leyes No. 143, LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], No. 151, CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] y No. 152, LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738], dieron un giro esencial al tratamiento de las personas mayores de edad, a los efectos jurídico-penales —16 años para Cuba, pero me-

nores de edad a la luz de la CDN—, en tanto tales instrumentos dotan de garantías el procesamiento, el juzgamiento y la ejecución de las medidas y sanciones de quienes delinquen, en ese rango etario.

IV. ENFOQUE DESDE LA RECIENTE REFORMA LEGISLATIVA CUBANA

Iniciar un análisis sobre este tópico supone, metodológicamente, enfocar y dividir el tema partiendo del concepto de *minoría de edad penal*. Tal cual se señala en líneas precedentes, la ley cubana fija en 16 años el límite para ser considerado sujeto de derecho en este ámbito; sin embargo, a los efectos de la CDN, a esa edad la persona aún tiene la condición de menor. El instrumento internacional, no obstante, da la posibilidad de que los países signatarios, adecuen la legislación interna, en dependencia de sus características. Es lo que acontece en el caso de Cuba, en que el legislador, en atención a la madurez alcanzada por la juventud, su activa participación en los procesos políticos —el derecho al sufragio se adquiere a esa propia edad—, y los altos niveles de educación logrados, consideró pertinente el umbral citado.

El establecimiento legal de la mayoridad penal a partir de ese límite, supone que las personas que delinquen, menores de 18 años, con 16 cumplidos, son juzgadas a tenor de la misma norma que los adultos y en iguales tribunales, al menos en lo concerniente a la denominación del órgano. No obstante, la propia ley, en consonancia con los postulados de la CDN, prevé procedimientos especiales cuando quien se juzga se encuentra en ese rango etario.

Así, por ejemplo, el Artículo 18.2 del vigente CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2563] establece que, a los individuos comprendidos en esas edades, solo se les exige responsabilidad cuando la afectación alcance bienes jurídicos con especial connotación; si, para ejecutar el hecho, estos utilizan medios o modos que denoten desprecio por la vida humana, notorio irrespeto a los derechos de los demás, esté en presencia de una persona reiterativa en la comisión de hechos delictivos, en tanto debe primar en el operador del Derecho la visión reducadora, de formación de valores en el joven y de atención especializada, si lo requiere.

Esta posición es perfectamente congruente con lo establecido en la LPRP [GOR-O (140), 2021], en cuyo Artículo 17 (p. 4097) se introduce el principio de oportunidad, de manera que, sin evaluar la extensión

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

del marco penal del posible delito cometido por la persona con esas edades, el fiscal puede inhibirse de ejercer la acción, con los mismos presupuestos que señala el CP.

De manera que, por mandato legal, y en atención al principio de humanidad que rige el actuar del Estado cubano, el tratamiento penal a la persona menor de 18 años de edad debe ser la última de las opciones, lo cual no significa que al individuo que cometa delito se le abandone a su libre albedrío, sino que los tratamientos se adecuen a sus necesidades, reducativas en primer término; de ahí la posibilidad de utilizar las vías administrativas para la corrección de la conducta.

Sin embargo, para aquellos a los que no se puedan aplicar las vías alternativas al procesamiento penal, también la ley procesal, en el Artículo 130.2 [GOR-O (140), 2021, p. 4120] ha previsto garantías adicionales para su tratamiento. Así, por ejemplo, tienen derecho a:

1) Que sus padres o representante legal sean informados inmediatamente de su detención.

2) Tener asistencia letrada designada o de oficio desde la detención, o desde la instructiva de cargos, si está en libertad.

3) Que se le imponga la medida cautelar de prisión provisional, solo si no existe otra alternativa racional.

4) Contar, en las diligencias investigativas en las que participe, con la presencia de su defensor, el fiscal y, si así lo considera, de uno de los progenitores o ambos o de su representante legal.

5) Solicitar que el juicio oral sea privado.

6) Participar en el juicio acompañado de uno de los progenitores o ambos, o de su representante legal.

Súmense a ello las garantías generales para el resto de los procesados, previstas en el Artículo 130.1 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4120], válidas también en su caso:

1) Recibir durante todo el proceso un trato humano y digno.

2) Comunicarse con inmediatez y recibir visitas de sus familiares o personas allegadas en caso de permanecer detenido.

3) Comunicarse privadamente con su defensor, cuantas veces lo solicite, en cualquier etapa del proceso.

4) No declarar contra sí mismo, su cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; abstenerse de declarar o hacerlo cuantas veces considere.

5) Aportar todos los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido.

6) Recurrir las resoluciones que considere lesivas de sus derechos, en cualquier etapa del proceso; entre otras.

Esto, que constituye un plexo importante de garantías, con su punto de partida en la CRC [GOR-E (5), 2019], tanto en su mandato de protección a niños y jóvenes (Artículo 86, p. 85), como en la formulación concreta y sistematizada del debido proceso (artículos 94 y 95, pp. 86-87), se ve completado por la posibilidad de ofrecerle un tratamiento administrativo al individuo entre 16 y 18 años de edad que delinque, con lo que se relegan el tratamiento penal y sus posibles secuelas.

En el orden penal sustantivo, también los menores de 18 años de edad —y mayores de 16— han recibido especial protección, para el caso en que deban ser procesados penalmente. El CPE [GOR-O (93), 2022] fija, como máxima pena privativa de libertad imponible en esas edades, la de 20 años (Artículo 34.6, p. 2569) y prevé una rebaja de la mitad de los límites previstos para el delito cometido, a la hora de adecuar la sanción (Artículo 18.3, p. 2563). En estos supuestos, con independencia de que el delito cometido contemple la privación perpetua de libertad (Artículo 34.3, p. 2569) o la pena de muerte (Artículo 33.1, p. 2569), la ley prevé la prohibición de su imposición.

Por otro lado, existe un mandato legal de imponer penas privativas de libertad solo en casos extremos; la disposición normativa incorpora un catálogo de sanciones alternativas, entre las que se encuentran: limitación de libertad, trabajo correccional con internamiento o sin él, trabajo en servicio de la comunidad, arresto domiciliario y multa, todas con prioridad, si de jóvenes en ese rango de edades se trata (Artículo 30.3, p. 2567).

En cuanto a la ejecución de las sanciones, igualmente, la ley prevé soluciones que benefician a este grupo etario, como son los casos de: cumplimiento de las sanciones privativas de libertad en establecimientos separados de los sancionados mayores, disminución de los términos para la progresión de régimen, posibilidad de completar su educación y formarse en un oficio, y concesión de la libertad condicional a menor

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

término que a mayores de 18 años, según establecen los artículos 26.1 y 144.1 a) de la LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2705, 2725].

En resumen, la reforma penal en Cuba coloca al país entre los de legislaciones más avanzadas del mundo, y fue concebida con un carácter sistémico que permite impactar no solo en la etapa de investigación y juzgamiento del delito, en lo concerniente a los procedimientos a seguir, sino también en el sistema de sanciones y adecuación de las penas a imponer, cerrando el ciclo con una previsión en la ejecución de estas, todo ello pensado para garantizar mayor protección al individuo, sobre todo si de personas menores entre 16 y 18 años se trata.

V. CONCLUSIONES

A los efectos de la legislación penal cubana, persona menor de edad es aquella que no tiene cumplidos los 16 años, de manera que solo son sujetos de Derecho penal los individuos con esa edad o más.

Lo anterior determina que los sujetos por debajo de ese límite etario que entren en conflicto con la ley penal reciban un tratamiento diferenciado, otorgado por órganos administrativos; tal procedimiento no puede enmarcarse en ninguno de los modelos más frecuentes en el mundo. En su concepción, incluye rasgos del tutelar y del de responsabilidad.

Aunque, en sentido general, la aplicación del modelo escogido es exitosa, en tanto está respaldada por una voluntad política y social de potenciación de la protección a los menores de edad, su diseño puede mejorarse, en el sentido de alcanzar la tutela judicial efectiva y el debido proceso, propugnados por la CRC [GOR-E (5), 2019], en sus artículos 92, 94 y 95 (pp. 86-87), y de incorporar derechos subjetivos dirigidos a lograr un mejor tránsito en el proceso y un resultado que contribuya con eficacia al logro de los fines de las medidas que se dicten, acercando las soluciones a la CDN.

Las personas con 16 años de edad cumplidos y con menos de 18, mayores desde el punto de vista penal para la legislación cubana, y menores a la luz de la CDN, han recibido un reforzamiento de sus derechos y garantías, y una tutela judicial efectiva sólida, en las reformas que tuvieron lugar durante los años 2021 y 2022 en Cuba.

La reforma penal cubana coloca al país entre los de legislaciones más avanzadas del mundo, la cual fue concebida con un carácter sistémico,

que permite impactar no solo en las etapas de investigación y juzgamiento del delito, en lo concerniente a los procedimientos a seguir, sino también en la posibilidad de obtener sentencias motivadas, establecer recursos ante un órgano superior e incorporar un sistema de sanciones y de adecuación de las penas a imponer, idóneo para el tratamiento a las personas entre 16 y 18 años, cerrando el ciclo de juzgamiento con una ley que regula la ejecución de las penas, y hace posible la tutela judicial efectiva.

VI. REFERENCIAS

Armas Fonticoba, T. (2006). La cuestión criminológica y jurídica de los niños en conflicto con la ley penal. Esquema legal cubano. En *Criminología,* 202-232. Félix Varela.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Convención internacional sobre los derechos del niño. En Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 119-146.

Decreto-Ley No. 64 de 1982. (Diciembre 30, 1982). GOR-ES (10), 31-36.

Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). (Diciembre 14, 1990). https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-guidelines-prevention-juvenile-delinquency-riyadh

Fernández Lores, G. (Agosto, 2017). Rangos etarios de la imputabilidad penal en el derecho comparado. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Departamento de Estudios, extensión y publicaciones. https://www.google.com/l?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjcmb71g92BAxUUVDUKHRXMA5wQFnoECAkQAQ&url=https%3A%2F%2Fobtienearchivo.bcn.cl%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drepositorio%2F10221%2F24448%2F2%2FEdad_imputabilidad_juvenil_y_adulta_editado_edfinMP.pdf&usg=AOvVaw1MCjDo8mSLtmgQ3jCe6G0I&opi=89978449

Constitución de la República de 1940. En Torres Cuevas, E. y Suárez-Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones. Constituciones,*

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

estatutos y leyes constitucionales en Cuba entre 1940 y 2012 (t. 2), 453-764. Imagen Contemporánea.

Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959. En Torres Cuevas, E. y Suárez-Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones. Constituciones, estatutos y Leyes constitucionales en Cuba entre 1940 y 2012* (t. 2), 901-932. Imagen Contemporánea.

Ley No. 21, Código penal. (Marzo 1.º, 1979). GOR-O (3), 47-105.

Ley No. 16, Código de la niñez y de la juventud. (Junio 30, 1978). GOR-O (19), 233-245.

Ley de procedimiento penal actualizada. (2003). MINJUS

Ley No 62, Código penal. (2009). En Rivero García, D. y Bertot Yero, M. C. *Código penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular).* Ediciones ONBC.

Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.

Ley No. 152 de 2022, De ejecución penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (94), 2697-2738.

Mendoza Díaz, J. y Goite Pierre, M. (2020). El debido proceso penal en el modelo constitucional cubano. *UH on line,* (289), 163-186.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijín). (Septiembre 29, 1985). https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-standard-minimum-rules-administration-juvenile

Reglas mínimas de Naciones Unidas para la protección de los jóvenes privados de libertad. (Diciembre 14, 1990). https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-rules-protection-juveniles-deprived-their-liberty

Santana Echerri, A. F. y Betancourt Peña, T. (Febrero, 2022). La edad en la legislación penal cubana. http://tsp.gob.cu

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Septiembre 4, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

LA CAPACIDAD JURÍDICA CIVIL EN EL NUEVO MODELO PROCESAL

THE CIVIL LEGAL CAPACITY IN THE NEW PROCEDURAL MODEL

M.Sc. Kenia María Valdés Rosabal

Magistrada, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, Tribunal Supremo Popular, Cuba

Código ORCID: 0000-0002-0111-1365

kenia@tsp.gob.cu

Resumen

El presente artículo realiza un análisis sobre el tratamiento procesal del ejercicio de la capacidad jurídica civil en el Código de procesos, con relación a las personas en situación de vulnerabilidad, especialmente, aquellas que presentan una discapacidad. A la disposición normativa referida le cabe el mérito de haber regulado un cauce de conocimiento expedito y garantista para solucionar esta clase de asuntos, en correspondencia con los principios consagrados en la Constitución de la República y los tratados internacionales de los que Cuba es parte, en el afán de proveer una tutela judicial verdaderamente efectiva para las personas con discapacidad, a tono con el valor supremo de dignidad humana, la autonomía individual, la intervención plena en el juicio, la igualdad de oportunidades en el procedimiento y el reconocimiento de un régimen protectorio por asistencia, consistente en la designación de apoyos y salvaguardias, y la adopción de los ajustes razonables, procesales y convencionales. Esta regulación permite aproximar la impartición de justicia a los conceptos universales regentes en materia de derechos humanos.

Palabras clave: Personas en condición de vulnerabilidad; discapacidad; ejercicio de la capacidad jurídica; tutela judicial efectiva; derecho procesal.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Abstract

This article analyses the procedural treatment of the exercise of civil legal capacity in the Process Code, in relation to persons in vulnerable situations, especially those with disabilities. The aforementioned procedural norm has the merit of having regulated an expeditious and guaranteeing channel of knowledge to solve this kind of matters, in correspondence with the principles enshrined in the Constitution and the international treaties to which Cuba is a party, in an effort to provide truly effective judicial protection for persons with disabilities, in line with the supreme value of human dignity, individual autonomy, full participation in the trial, equal opportunities in the procedure and the recognition of a protective regime for assistance, consisting of the designation of support and safeguards, and the adoption of reasonable procedural and conventional adjustments. This regulation makes it possible to bring the administration of justice closer to the universal concepts governing human rights.

Keywords: *Persons in vulnerable situations; disability; exercise of legal capacity; effective judicial protection; procedural law.*

Sumario

I. Introducción; II. Regulación sustantiva de la discapacidad; III. Cuestiones generales de la actuación procesal; IV. Particularidades del proceso sumario.; V. Instrucción No. 278; VI. Provisión de apoyos y medidas de salvaguardias; VII. Ajustes razonables; VIII. La minoridad en el proceso; IX. Conclusiones; X. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], para la solución de los conflictos derivados del ejercicio de la capacidad jurídica civil, dirige la acción de las partes al juicio de conocimiento de carácter sumario, mérito indiscutible que le asiste, como expresión de una impartición de justicia pronta e igualmente garantista, cuando del juzgamiento de la capacidad de las personas se trata; la disposición normativa, asimismo, dota al tribunal de las bases esenciales que configuran un cauce procesal factible, complementario de la previsión contenida en el Artículo 30 b) y c) del vigente CC (Carrasco, 2000, p. 23), en el que se prevé la

restricción de aquella para realizar actos jurídicos de quienes padezcan de una enfermedad o retraso mental que no los prive totalmente de discernimiento y, por algún impedimento físico, no puedan expresar su voluntad de modo inequívoco.

Compete al ordenamiento positivo la regulación de la persona, de cara a su existencia en todos los ámbitos de la vida, incluida la personalidad jurídica con la que nace y los efectos de esta; por ende, también le atañe atemperar la protección a las nuevas realidades que se introducen en cuanto a la capacidad de actuación de las PSV. Este soporte no solo condiciona las normas sustantivas, sino además las procesales, que viabilizan la defensa de los derechos subjetivos reconocidos.

A la par, ha de quedar regulado el mecanismo jurídico de protección para las personas en que recae la expresada circunstancia, a fin de complementar la eficacia de su actuación con debida asistencia tuitiva y en congruencia con la intensidad que lo requiera. De modo que el régimen tutelar debe ser diseñado atendiendo a las concretas necesidades del individuo, sean en el orden personal, patrimonial, o para las actividades propias de la vida diaria, si está disminuido o mermado su discernimiento, siempre sobre la premisa de la autonomía personal y mediante un régimen de apoyos y de salvaguardias.

El régimen regulado en la Ley No. 1289 de 1975 (Carrasco, 2000, pp. 147-153) se limitaba a reconocer, como única institución de guarda, la tutela, entendida como la representación legal más típica, luego de la patria potestad, ahora denominada *responsabilidad parental*, función tutelar que tiene por fundamento la protección de la persona y su patrimonio, y en general, del ejercicio de sus derechos; quien sea designado en el cargo asume la representación de aquella en todos los actos en que sea necesario, con los matices previstos en los artículos 137 y siguientes del citado CF. De manera que se obviaban los principios de necesidad y subsidiariedad que permiten establecer medidas proporcionales al grado de pérdida de facultades de la persona, y a sus circunstancias o condiciones inherentes, en función de garantizar una tuición individualizada, en consonancia con la capacidad que se requiera complementar; en tal dirección, se pronuncia la actual normativa familiar.

La Ley No. 156, CFS [GOR-O (99), 2022, pp. 2893-2995] modificó los artículos del 29 al 32, de la expresada Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, CC, en respuesta a la coherencia necesaria entre el soporte legal posi-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

tivo y el tipo procesal específico regulado en el CPR vigente [GOR-O (138), 2021, pp. 4055-4056] para la tramitación y solución de los procesos relativos al ejercicio de la capacidad jurídica, e introdujo la solicitud o designación de los apoyos, las salvaguardias y los ajustes razonables que requiera la PSV, en sus diversas expresiones, especialmente por discapacidad, para poder ejercer, por sí, los derechos subjetivos de los que sea titular, con prevalencia de la dignidad, autonomía y preferencias de quien se encuentre en tal condición.

En esa dirección ya se había diseñado el contenido del nuevo CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 4055-4056], con una sagaz y oportuna mirada hacia las tendencias más actuales de protección de las PSV que, por diversas razones, recaban de un régimen de apoyos acoplado a la multiplicidad de causas originarias de su condición y la proporción o intensidad de las diferentes capacidades que estas provocan en quienes concurren.

II. REGULACIÓN SUSTANTIVA DE LA DISCAPACIDAD

Disímiles son las causas y situaciones que generan determinado estado de vulnerabilidad, a saber, discapacidad, minoría de edad, género, identidad de género, ancianidad, origen étnico, credo religioso, nacionalidad, sexualidad, entre otras, y corresponde al Derecho sanear los enfoques, paradigmas y múltiples fenómenos que las originan mediante la regulación, sustantiva y procesal, de la especial tutela que demandan las personas con esta condición; desde el proceso, ello ha de ser visto en relación con el principio de la dignidad plena del hombre, y conforme a la integración e inclusión social de aquellas, premisa de rango constitucional.

La verdadera protección de las PSV depende más de la solidaridad social que de las leyes en general, incluidas la CRC, las de carácter sustantivo y procesal, los instrumentos internacionales de los que Cuba es parte, entre otras derivadas de políticas públicas, pues en la materia de análisis, nada dicen, si no evoluciona la conciencia humana para hacer valer de forma efectiva sus disposiciones, desde el entorno familiar, la comunidad, el ámbito laboral y social, en los que solo los afectos, la comprensión y satisfacción de las limitaciones, necesidades y preferencias de las PSV, coadyuvarían a una auténtica inclusión y salvaguarda de sus derechos en plano de igualdad; se trata entonces de la tolerancia a la diversidad, de

concientizar acerca de que son personas con aptitudes diferentes, para lograr su inserción en los distintos ámbitos de la sociedad.

La CRC, en su Artículo 89 [GOR-E (5), 2019, p. 85], consagra la obligación del Estado, la sociedad y las familias de proteger el pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad (PSD), en salvaguarda de su autonomía personal, su inclusión y participación social, cuyo postulado da respuesta efectiva a que el goce de tales derechos ha de desplegarse en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad, conforme establece la CDPD [Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (OACNU), 2014, pp. 271-316].

La CDPD (OACNU, 2014, pp. 271-316) reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona, resultante de la interacción entre la deficiencia de una persona y los factores contextuales, tanto ambientales como personales. Se trata de obstáculos, barreras físicas y actitudes imperantes, que impiden su participación en la sociedad. Las discapacidades incluyen las deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales, tales como ceguera, sordera, deterioro de la movilidad y deficiencias en el desarrollo.

En mayo de 2001, la OMS aprobó la «Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud», en la que se remplazaron algunos conceptos empleados hasta ese momento. El nuevo modelo adopta la estructura deficiencia-discapacidad-minusvalía; la primera se conceptualiza como toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica; la segunda, como toda restricción o ausencia —debida a una deficiencia— de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano; y la tercera, como la desventaja que supone para un individuo padecer una discapacidad y que lo limita o le impide un desenvolvimiento normal en la sociedad. El propio instrumento define la discapacidad como la restricción o ausencia, temporal o permanente, de alguna de las facultades físicas, mentales o sensoriales (OMS, 2001, pp. 13, 18, 225).

En ningún caso debe quedar cercenada la presunción general de capacidad porque, en principio, los actos de la persona son válidos y eficaces, y no pueden quedar destruidos más que probando que, en el momento de la emisión del consentimiento, carecía de la capacidad de entender y querer, al no ser capaz de discernir; en tal caso el consentimiento no será eficaz para comprometerse válidamente, de ahí que tal

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

supuesto deba quedar palmariamente acreditado mediante un cauce de conocimiento pleno, dotado de todas las garantías legales que informan el debido proceso.

La autora concuerda en que en las enfermedades que limitan el autogobierno de una persona, colocándola en SV por razón de discapacidad, si bien ha de entenderse que esta no goza de plenitud de capacidad, no deben concluirse nulas sus aptitudes para el ejercicio de todos los derechos, lo que se traduce en que podrá realizar determinados actos y cumplir las específicas obligaciones que su horizonte de discernimiento le permita, actuación que ha de entenderse eficaz a todos sus efectos en el tráfico jurídico, ya sea que la verifique por sí o mediante la asistencia de tercero, dentro de los límites en que proceda mediante una declaración judicial.

La actuación del tribunal en la solución de los conflictos cuyo objeto concierne a una PSV por razón de discapacidad, ha de seguir la máxima de que la declaración de cualquier limitación en el ejercicio de la capacidad jurídica, es de carácter excepcional, en coherencia con los principios consagrados en la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116] y en la expresada CDPD (OACNU, 2014, pp. 271-316), por ser un recurso de última *ratio* el de pronunciar la muerte civil de una persona, frente a la viabilidad de su actuación por medio de un régimen de apoyos, en la exacta medida que lo requiera, sin necesidad de mutilar su existencia como titular de los derechos subjetivos que reconoce a los ciudadanos, el entramado de leyes de un Estado, entre ellas, la del reconocimiento de un estado civil determinado.

La vulnerabilidad, por sí, no modifica el estado civil de una persona, sino que trasciende como categoría de estado, siempre que por una disposición judicial se declaren nulas las aptitudes de la persona para querer y entender, pues solo es eficaz la intervención en las relaciones jurídicas civiles, cuando se tiene conocimiento y voluntad; y puesto que estas cualidades no se poseen en el mismo grado, tampoco gozarán de la misma capacidad de ejercicio, la que no puede quedar supeditada, en todos los casos, a la condición de vulnerabilidad que tenga, si es cuestión que incide directamente en el estado civil de las personas. El Derecho toma en cuenta esta realidad para asignar un específico estado, y la capacidad dependerá directamente de este.

En relación con los derechos subjetivos que la ley le reconoce a los ciudadanos, en aquellas personas en que concurre alguna discapacidad,

estas se encuentran legitimadas para el ejercicio de sus derechos, de conformidad con su autonomía; así lo refrenda la CDPD en su Artículo 12, incisos 2 y 3, cuando establece que los Estados parte reconocerán que las PD tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida; y asimismo, que aquellos adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las PD al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (OACNU, 2014, p. 283).

La doctrina patria confirma que ha de entenderse por derecho subjetivo una situación de poder jurídico, que se reconoce y protege por el ordenamiento jurídico, compuesta por un grupo de facultades unitariamente agrupadas, que se atribuyen a su titular para la satisfacción de determinados intereses considerados de forma abstracta, dejando al arbitrio de este su ejercicio y su defensa (Valdés, 2006, p. 86). Entre aquellos, serán esenciales los concernientes a la personalidad, los personales de familia y los derechos patrimoniales.

Ese ejercicio pleno, en cuanto a las PD, se valida en el ya expresado tratado internacional (OACNU, 2014) que, desde su preámbulo (pp. 271-275), reconoce la diáfana primacía, en sede del Derecho internacional, a la independencia personal y la autonomía, y le concede cardinal importancia a estos principios, incluida la libertad de tomar las propias decisiones; al unísono que, en el Artículo 19, hace referencia expresa al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad en condiciones de igualdad y no discriminación, de manera tal que la persona pueda elegir su lugar de residencia, dónde y con quién vivir, sin verse obligada a hacerlo con arreglo a un sistema de vida específico; tenga acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en ella, y para evitar su aislamiento o separación de tal ámbito; cuente con las instalaciones y los servicios comunitarios disponibles para la población en general, en igualdad de condiciones, pero teniendo en cuenta sus necesidades (pp. 287-288).

El análisis del soporte sustantivo de referencia se erige en pie forzado para el abordaje procesal del tema, visto que en la práctica judicial son diversos los asuntos en que intervienen PSV, en defensa de sus legítimos derechos, juzgamiento en el que ha de prevalecer una ponderación racional del cúmulo de circunstancias fácticas que rodean su

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

entorno: condiciones habitacionales, familiares, de convivencia, dependencia de terceros, relaciones afectivas, estabilidad o disminución de sus capacidades funcionales e intelectuales como consecuencia directa de la discapacidad o condición de que se trate, rasero de su verdadera autonomía, lo atinente a su higiene, alimentación adecuada, si es objeto de manipulación o maltrato, sea físico o verbal, su participación y escucha en la solución de situaciones familiares de distinta naturaleza, si recae objetiva indiferencia sobre su persona y necesidades perentorias en el seno familiar, entre otros elementos de juicio de carácter capital para la toma de decisiones en torno al ejercicio de sus derechos subjetivos.

III. CUESTIONES GENERALES DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

Hay que partir de las previsiones de las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad —PCV— (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018), normativa en la que se prevé que el sistema judicial se configure como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en esta situación. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho, si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela al respecto (s.p.).

Dichas Reglas establecen bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las PCV y recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial.

Tales previsiones resultan de aplicación a cualquier PCV que participe en un acto judicial, ya sea como parte que ejercita una acción o que defiende su derecho frente a esta, ya en calidad de testigo, víctima o en cualquier otra condición o carácter, a lo que se atempera el nuevo modelo procesal cubano, en materia del ejercicio de la capacidad jurídica civil.

El Artículo 92 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 86] preconiza el acceso a la justicia como un derecho de todos, que se configura por los cánones del debido proceso, con la flexibilidad que requieren las personas con capacidades diferentes, comprendidas en los sectores más vulnerables

de la sociedad, a lo que han dado respuesta las reformas legislativas procesales y sustantivas para la efectividad material de sus derechos.

De cara al proceso, hay enfermedades físicas que limitan el proceder de la persona, la sordera, la ceguera y la mudez o afasia, las que, indistintamente, impiden actos claramente delimitados, pero no alcanzan a privar la capacidad de hecho o de obrar a quienes las padecen; con ello no ha de producirse, de ordinario, una declaración judicial limitante de su capacidad, excepto cuando, al propio tiempo, tenga afectada totalmente su capacidad volitiva, en tanto por regla, la discapacidad física puede remediarla el sujeto potestativamente, de ahí, que la sordomudez que el Artículo 586 de la derogada Ley No. 7, LPCALE (Mantecón, 2015, p. 141), regulaba como causa de incapacidad no sea tal, al tratarse de un padecimiento que, por sí, no le impide a la persona formarse un juicio propio, frente a la existencia de los mecanismos tecnológicos de ayuda y los medios legales adecuados para trasmitir su voluntad y preferencias de modo inequívoco, en la forma que le resulte más asequible, a lo que se atempera la normativa procesal actual en los artículos del 565 al 571 del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 4055-4056], que regulan el ejercicio de la capacidad jurídica civil.

El CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], en materia de capacidad jurídica civil, ajusta sus regulaciones a la CRC [GOR-E (5), 2019], al reconocer la preminencia debida respecto a la protección de la autonomía personal, conforme prevén el Artículo 89 de la Carta Magna (p. 85) y los postulados de la CDPD (OACNU, 2014, pp. 271-316), en salvaguarda del derecho a la capacidad jurídica plena de las PD, adultos mayores, o cualquier otra SV en que se encuentren, así como el acceso a los apoyos que puedan requerirse para su ejercicio eficaz.

El goce pleno de la capacidad jurídica es inherente a todas las personas naturales, máxima que justifica el carácter excepcional de su modificación o restricción, viable sobre los únicos supuestos que establece el ordenamiento positivo. En consonancia con ello, se pronuncia la CDPD (OACNU, 2014), cuando reconoce en su Artículo 12, como principio, el de «igual reconocimiento como persona ante la ley» (p. 283), sosteniendo esencialmente en sus distintos apartados que tales medidas han de ser preferentemente de apoyo; con ello, prevé un cambio del modelo de sustitución, brinda orientaciones generales para los Estados parte, a fin de que garanticen, con sus legislaciones y mecanismos jurídicos internos, la integración de las PD a la sociedad en todos los ámbitos,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

con el claro objeto de que mantengan su autonomía y autogobierno, aboliendo la tendencia de que resulten personas dependientes toda su vida, o buena parte de ella, para asumir como premisa que solo requieren de ayuda temporal y en determinadas esferas de actuación.

En esta materia, la máxima regente es la presunción de la capacidad, indicativa de que todas las PD son sujetos de derechos y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan apoyos, o no, para el ejercicio de sus derechos.

La normativa procesal cubana guía la protección de las PSV sobre principios insoslayables que garantizan una efectiva tutela de sus derechos en plano de igualdad (dignidad, autonomía, primacía de la voluntad y preferencias de la persona, no discriminación, acceso, igualdad de oportunidades, y celeridad del proceso, de carácter sumario), precisamente, para que, de la forma más expedita, se valide el ejercicio de su capacidad y se le provea de apoyos y salvaguardias, según sea el caso.

Es de recta observancia en todo caso el respeto a la dignidad plena de la persona sobre la que se juzga su capacidad de actuación, como ser humano; el despliegue de su autonomía personal, conforme a los derechos y las garantías que rigen el debido proceso; ha de velarse por la superioridad de la voluntad y las preferencias que manifieste en los distintos actos procesales, en defensa del derecho cuya protección reclama como titular; se le dispensará un trato equitativo en relación con los demás sujetos intervinientes en el juicio, sin distinción de raza, etnia, credo religioso, orientación sexual, género e identidad de género, ancianidad, discapacidad...

Es de transcendental importancia lo atinente a la accesibilidad de la PSV por razón de discapacidad, lo que requiere que en las actuaciones queden identificados y suprimidos los obstáculos que impidan su libre acceso y la máxima intervención en el proceso, así como las barreras formales y materiales que dificulten la posibilidad de acudir en plano de igualdad a los servicios judiciales que, en sede procesal, garantizan el válido disfrute de sus derechos. Al propio tiempo, se observará con la debida diligencia el cumplimiento oportuno de los plazos, en evitación de dilaciones innecesarias, básica expresión de una tutela judicial efectiva.

Esto se concreta en que han de cuidar los tribunales del uso indiscriminado de la subsanación de la demanda, por defectos u otras cuestiones

que bien pueden quedar corregidas, resultar aclaradas o probadas en el transcurso del proceso, sin poner en riesgo por preclusión el acceso a la justicia de la persona.

El ejercicio efectivo de los derechos de las PD implica entender que su disfrute en plano de igualdad rebasa el procedimiento por el que discurre su reclamo y alcanza la amplia gama de obligada protección, circunscrita a los derechos de carácter fundamental y convencional regulados en la CRC [GOR-O (5), 2019, pp. 69-116] y en los tratados internacionales de los que Cuba es parte, a cuyo fin se hacen viables los ajustes razonables necesarios para validar su eficacia; esto se concreta en equiparar a los vulnerables con los no vulnerables en términos jurídicos; se trata de garantizar el pluralismo y la diferencia, con base en el carácter evolutivo del reconocimiento de los derechos, lo que en buena medida corresponde a los jueces a la hora de supervisar y dar efectividad a los mandatos normativos sobre SV.

IV. PARTICULARIDADES DEL PROCESO SUMARIO

Queda desterrado el procedimiento de jurisdicción voluntaria para tratar, en el ámbito procesal, la capacidad de las personas, en tanto el objeto de este se limita a otorgarle una presunción de certeza jurídica a los hechos que se someten al conocimiento del tribunal por ese cauce, con el fin de otorgarle validez a lo que se solicita, mediante una resolución judicial, de tal modo que basta la inexistencia de objeción de los sujetos intervinientes para que aquel no ejerza labor de escrutinio alguna, de cara a corroborar la veracidad de la solicitud; por consiguiente, se le da cuerpo jurídico, en los términos aducidos, a instancia de la parte interesada, quedando como ciertos para el tráfico jurídico los hechos que se declaran y como eficaces los actos que así se autoricen en la resolución.

Lo expresado anteriormente no alcanza a conceder una efectiva protección a la persona, pues la sola oposición, por sí, no es lo que debe atribuir el conocimiento a la jurisdicción contenciosa, porque puede solapar intenciones nocivas a los intereses y el patrimonio de la persona, cuestión que se traduce en un verdadero cortapisa para su legítima salvaguarda y que declina la función tuitiva del tribunal para hacer cumplir las normas de orden público que presiden la naturaleza de tales asuntos, en evidente lesión para el sujeto sobre el que recae el objeto del

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

proceso y en franca inobservancia de uno de los fines de la jurisdicción voluntaria: que no se ocasione perjuicio a persona determinada; cuánto lastra el supremo propósito de que el individuo pueda desarrollar su vida en sociedad, de forma plena, más, si se trata de una PSV por razón de discapacidad.

Juzgar sobre la capacidad de una persona se traduce en una situación de hecho compleja que precisa de irrefutable cognición, ante las diversas realidades a las que se circunscribe el entramado de la mente humana, lo que implica dilucidar todo lo que a ello concierne con irrestricta sujeción a las garantías que ofrece el debido proceso. Este propósito se alcanza mediante el juicio de conocimiento, como el concebido para investigar y resolver las cuestiones que, por su importancia cuantitativa o cualitativa, requieren de un discernimiento amplio y de fondo por parte del órgano jurisdiccional sobre el asunto controvertido, a cuyo fin se conceden a las partes amplias facultades para formular sus alegaciones y proponer sus pruebas, sin perjuicio de las prerrogativas inherentes al tribunal para proceder de oficio, cuando así lo estime necesario, empero, todo ello ha de discurrir sin dilaciones ni formalismos innecesarios, en aras de una justicia pronta y efectiva.

La diversidad de conflictos que se suscitan en la práctica judicial cubana, en relación con la capacidad de las personas y su proyección en las distintas esferas de la vida, se debe contemporizar en el ordenamiento legal mediante expresas disposiciones sustantivas y procesales que se adecuen a la decisiva repercusión que los derechos humanos adquieren frente al fenómeno de la vulnerabilidad en su sentido macro, que permitan al juzgador ofrecer una tutela judicial individualizada y coherente con el derecho de todas las personas a participar plena y efectivamente en la sociedad, premisa que se concreta desde un factible cauce instrumental dotado de todas las garantías posibles que, a partir de la específica deficiencia, permitan fijar el efecto que produce en el individuo, para así determinar el grado de asistencia o apoyo que requiera.

En este orden, es de necesaria mención la Instrucción No. 244, de 15 de marzo de 2019, dictada por el CG-TSP [GOR-O (32), 2019, pp. 473-477], por la cual se respondió al llamado de la CDPD (OACNU, 2014, pp. 271-316), en el sentido de que los Estados parte adoptasen las medidas pertinentes para proporcionar el acceso de las PD al régimen de apoyo que pudieran necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. La Instrucción se dirigió a uniformar la práctica judicial para la solución de los

conflictos suscitados en ese ámbito, con la mayor aproximación posible a los postulados del expresado tratado internacional.

Es así que el nuevo CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 4055-4056], en clara expresión de superioridad normativa, regula el proceso sumario, como cauce idóneo para conocer y resolver los conflictos derivados del ejercicio de dicha capacidad y, en correspondencia, llena de contenido la demanda establecida a ese fin, cuya pretensión debe enmarcar el alcance de las posibilidades de actuación de la persona, proveer o modificar el sistema de apoyos y las medidas de salvaguardia; deben exponerse las específicas circunstancias que justifican la provisión de estos; el tipo de apoyo que se propone, con expresión de si es único o múltiple y, en este último caso, si su ejercicio debe ser conjunto o sucesivo, así como su intensidad con inclusión de facultades de representación; la propuesta de las personas o instituciones que fungirían de apoyo o salvaguardias; los actos jurídicos a que se contraen y por cuánto tiempo rigen. En los casos que lo ameriten, se podrán solicitar o establecer oficiosamente los ajustes razonables pertinentes, tomada en cuenta cada situación particular.

Sobre este soporte procesal, discurre la defensa de los derechos inherentes a las personas que integran los sectores más vulnerables de la sociedad, acción para la que se encuentran legitimados los sujetos a que se refiere la ley, incluida la PSD; luego de la admisión de la demanda, esta transita por las fases o estadios que delimitan dicho modelo procesal, y deberá desplegarse el control judicial sobre la veracidad de la situación de hecho que motiva la promoción, en coherencia con lo que derive de la actividad probatoria de las partes o aquella que, de oficio, disponga el tribunal.

El tribunal competente será el que corresponde al domicilio de la PD porque, desde la fase inicial del proceso, ha de garantizarse lo que le resulte más beneficioso, en evitación de toda desventaja. La PSD puede instar por sí, en defensa de sus derechos; por consiguiente, también puede actuar si fuese llamada como parte demandada; en tal caso, deviene improcedente que opere en su perjuicio el efecto de conformidad a que se contrae el supuesto de no comparecer al juicio, porque su personería no es exactamente una carga procesal, sino un imperativo legal, y con ello, el asunto debe sustanciarse con su activa participación, en beneficio del despliegue de su autonomía personal como garantía ineludible del debido proceso.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Es inexorable la escucha de la persona por el tribunal actuante, para la observancia y apreciación directa del juzgador sobre su autonomía personal, doméstica y social, lo que le permitirá acordar la intensidad del apoyo que requiera para su actuación, en efectivo acatamiento de los principios integradores de inmediación, concentración, oralidad, igualdad de las partes, amplias facultades del órgano judicial tanto en la práctica de las pruebas como en la dirección del proceso, impulso de oficio y protección cautelar.

Es decisivo, para la provisión de apoyos, el examen de la voluntad de la persona y sus preferencias con profundidad, porque es la visión más recta, espontánea e inmediata que tendrá el juzgador para escuchar sus expresiones comunicativas y observar directamente hasta dónde alcanza su autonomía personal, así como sus impresiones en relación con el entorno familiar y social en que se desarrolla; lo que unido a los elementos que deriven de la audiencia de los parientes más cercanos, de la intervención del equipo multidisciplinario, en su caso, será material de rigor para ponderar con justo sentido racional, la dimensión real de la necesidad de apoyos para complementar su actuación, y las personas más afines con aquella que se pretende asistir.

La naturaleza indisponible del objeto del proceso no deja lugar para la transacción judicial o el acuerdo de las partes, justo porque está supeditado el juicio a normas de orden público, en cuanto incide directamente en el estado civil de la persona.

En todos los casos, será obligada la intervención del fiscal en la relación jurídica procesal, frente a su papel activo en los asuntos concernientes al estado civil y capacidad de las personas, ajustada su actuación al cumplimiento de lo previsto en la actual normativa [GOR-O (138), 2021, p. 3989], y en la Ley No. 160, de la FGR [GOR-O (5), 2023, pp. 91, 99].

En sede probatoria, nada se opone, en lo pertinente, a la intervención interdisciplinaria de las distintas instituciones que coadyuven mancomunadamente al efectivo diligenciamiento de las medidas adoptadas en el decurso del proceso, sean de oficio o a instancia de parte, a fin de viabilizar, previa coordinación con las direcciones provinciales y el MINSAP (al que se subordinan), la determinación de la entidad encargada de peritar la salud mental, para la práctica del examen médico forense, siempre que sea procedente, así como con el MTSS, con el objeto de garantizar su intervención, de cara al positivo cumplimiento de acciones encaminadas a la protección del sujeto sobre su persona o patrimonio durante la

sustanciación del asunto, y posteriormente para el debido control judicial del apropiado desempeño del sistema de apoyos dispuesto.

La redacción de la sentencia se hará conforme a los dictados de la Instrucción No. 265, del CG-TSP [GOR-E (13), 2022, pp. 717-725]; a continuación, en una segunda sentencia, en formato de lectura fácil se exponen los contenidos de forma resumida, con lenguaje sencillo, claro y directo, sin tecnicismos ni conceptos jurídicos, de acuerdo con las necesidades de la PD, en evitación de duda, confusión o incertidumbre sobre la viabilidad, o no, de la pretensión formulada en su momento.

La sentencia deberá contener lo siguiente:

a) Actos materiales y jurídicos que requieren el apoyo solicitado; en ningún caso, el tribunal podrá pronunciarse sobre la necesidad de aquel para la realización de actos sobre los que no verse el proceso.

b) Determinación de la (o las) persona(s) designada(s) como apoyo(s).

c) Salvaguardias destinadas a evitar y asegurar que no existan los conflictos de interés o influencia indebida del apoyo sobre la persona.

d) Delimitación de las funciones del apoyo, con especial referencia a si incluye facultades de representación.

e) Duración de los apoyos a prestarse de la (o las) persona(s) que ha(n) sido designada(s) al efecto.

f) Las demás medidas que se consideren necesarias para asegurar la autonomía y el respeto a la voluntad y preferencias de la persona.

En la sentencia, debe evitarse cualquier expresión de la que pueda inferirse algún indicio de discriminación o exclusión para el ejercicio de los derechos de la persona en plano de igualdad, como sujeto procesal, y como titular de derechos subjetivos. Según el caso, se ha de pronunciar mensajes educativos a favor del respeto a la dignidad plena de las PSD, con aplicación directa de la CRC [GOR-O (5), 2019, pp. 69-116], en relación con los postulados de la CDPD (OACNU, 2014, pp. 271-316), y demás tratados internacionales atendibles, según el caso, de los que Cuba sea parte.

Una vez que la resolución es firme, el tribunal remite el oficio al Registro del Estado Civil para que se realicen las anotaciones pertinentes. En ningún caso, se hará pronunciamiento condenatorio sobre el pago de las costas procesales.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Siguiendo el análisis de la sentencia, al tratar la cosa juzgada en el ámbito no penal, el profesor Mendoza (2015), en amplia explicación de la institución, califica como uno de los problemas más complejos lo relativo a sus límites, o sea, hasta dónde alcanza la identidad entre lo que ya se resolvió y lo que se pretende en un nuevo proceso. Se trata de un dilema teórico de importantes consecuencias prácticas, pues, a partir de su apreciación, el tribunal podrá valorar la procedencia, o no, de la excepción de cosa juzgada que se pretenda en un proceso (p. 180).

Al respecto, en el tipo procesal en comento, la sentencia que se dicte está excluida de la eficacia que produce la presunción de la cosa juzgada porque el alcance o la intensidad de los apoyos dispuestos, en recta coherencia con las necesidades de actuación de la persona, podrá modificarse de promoverse una ulterior demanda, con el objeto de modular nuevamente la capacidad de ejercicio y, con ella, la intensidad de los apoyos, de modo que, en ningún caso, se presentarán idénticas circunstancias para obtener el pronunciamiento judicial; por consiguiente, será distinta la causa de pedir, por fundarse en hechos no juzgados en la primera sentencia.

En lo atinente a los medios de impugnación, amerita significar que, en virtud del recurso de apelación, puede asumir el tribunal actuante, conforme al doble juzgamiento que le compete, idéntica libertad probatoria que el de primera instancia para determinar el alcance actual de la capacidad de la persona y la intensidad de los apoyos asignados, sin las limitaciones que de ordinario impone el principio de la *non reformatio in peius*.

V. INSTRUCCIÓN No. 278

La disposición transitoria única del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4068] establece que los asuntos iniciados al amparo de la LPCALE continuarían sustanciándose con arreglo a ella hasta su conclusión; no obstante, en su disposición final primera (p. 4068), prevé que el TSP y la FGR, en el plazo de un año, posterior a la entrada en vigor del CPR, en sus ámbitos de actuación, adoptarían las disposiciones relativas a la provisión de apoyos y salvaguardias para las personas sujetas al régimen de tutela.

En respuesta al mandato legal anterior, y con el propósito de uniformar la práctica judicial en la tramitación y solución de los conflictos referentes

al ejercicio de la capacidad jurídica civil de las PSD, el CG-TSP aprobó la Instrucción No. 278 [GOR-E (11), 2023, pp. 35-42], por la cual se complementa lo regulado en los artículos del 565 al 571 del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 4055-4056], con el objeto de instruir sobre:

1) La provisión de las medidas de apoyo para garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las PSD, en la formalización de actos jurídicos concretos, y de aquellos de carácter material estrechamente vinculados a su consecución y ejecución, siempre que no se hubiera formalizado su designación ante notario público.

2) Las medidas de salvaguardias.

3) Los ajustes razonables que demande la PSD para el ejercicio de sus derechos, en la realización de los actos de cualquier naturaleza, siempre que estos hayan sido denegados por el requerido a dispensarlos, ya sea una persona natural o jurídica.

La Instrucción orienta sobre los modos de hacer viable la designación de los apoyos judiciales, la supervisión del efectivo cumplimiento de las funciones de asistencia, mediante las medidas de control o salvaguardias, y la declaración de la necesidad de la PSD de la adopción de ajustes razonables para que el ejercicio de sus derechos en plano de igualdad sea en el marco del procedimiento, conforme a la previsión del Artículo 9.3 del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3978], o los que resulten necesarios para el goce efectivo de los derechos fundamentales consagrados en la CRC [GOR-O (5), 2019, pp. 69-116] y los distintos tratados internacionales aplicables, según corresponda.

El CPR establece las medidas de apoyo como sistema de asistencia, en coherencia con el valor supremo de la dignidad como derecho fundamental, el principio de que toda persona, por serlo, tiene el derecho humano al ejercicio de la capacidad jurídica, y que, abrogada la declaración de incapacidad en la normativa procesal anterior, es aplicable la ley que resulte más beneficiosa, lo que debe cumplirse en un plazo no superior a dos años, mediante el examen de todos los expedientes tramitados a esos fines por el cauce de la jurisdicción voluntaria al amparo de la LPCALE y, en las propias actuaciones, mediante auto, se dispone la extinción de los efectos jurídicos de la declaración de incapacidad y de la constitución de tutela, en su caso, instruyéndose a los legitimados, para que insten, conforme a su interés, a la provisión de apoyos y medidas de salvaguardias.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

VI. PROVISIÓN DE APOYOS Y MEDIDAS DE SALVAGUARDIAS

La provisión de apoyos se dispensa sobre las personas que tienen dificultades para tomar decisiones o para comunicarlas en las formas usuales. Son tipos de asistencia que se prestan a la PD para facilitar el ejercicio de su capacidad jurídica. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y en la asistencia para su manifestación de la voluntad y preferencias personales.

Se reconocen en diferentes grados o modalidades para el ejercicio de la capacidad de goce, en consonancia con la mayor o menor aptitud de la persona. Algunos casos requieren intérpretes; otros, ayudas tecnológicas; y los hay que son dependientes del desarrollo de redes de apoyo para tomar decisiones autodeterminadas.

En este orden, debe tomarse en cuenta la definición de los diversos modos de comunicación a que se refiere el Artículo 2 de la CDPD (OACNU, 2014), que define lo siguiente:

> A los fines de la presente Convención: La «comunicación» incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso; por «lenguaje» se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal; por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables; por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad

> el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales; por «diseño universal» se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El «diseño universal» no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten. (pp. 275-276)

Las personas que fungen como apoyo se encargan de atender el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, que tendrá como soporte la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones del consentimiento que haya realizado el asistido en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de este, la consideración de sus preferencias, gustos e historias conocidas, y cualquier otra valoración pertinente para el caso concreto.

Es de gran relevancia atender, para la designación de los apoyos, a que prime una relación afectiva entre ellos y las personas asistidas; en ningún caso podrán ser designados con esa función las personas que ejerzan violencia intrafamiliar o de género, en cualquiera de sus manifestaciones, contra la persona asistida, o cualquier otra.

Los apoyos tienen como funciones:

1) Asistir a las PSD en la toma de decisiones.

2) Facilitar el otorgamiento de los actos jurídicos, en el orden formal, para su consecución y ejecución, incluidos los materiales.

3) Facilitar la comunicación de la persona asistida.

4) Facilitar la comprensión de los actos que produzcan efectos jurídicos y sus consecuencias.

5) Orientar a la persona asistida en la realización de los actos que produzcan efectos jurídicos.

6) Colaborar a la formación de la manifestación de la voluntad y su interpretación.

7) Representar a la persona asistida en el ejercicio de facultades específicas para la realización de sus derechos.

De las funciones precedentemente relacionadas, se evidencia que los apoyos no tienen facultades de representación, excepto que la persona

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

titular del acto jurídico se las confiera expresamente, y en tal caso, su intensidad responde al mayor o menor alcance de dichas facultades, conforme quedó establecido en el apartado décimo de la referenciada Instrucción; a ese fin, el tribunal tendrá en cuenta, como premisa rectora, el criterio de la autonomía individual; por consiguiente, el que tiene carácter intenso solo será posible, de oficio, cuando, con base en la historia vital de la persona, sus preferencias en similares circunstancias, su trayectoria familiar y social, se haya verificado un esfuerzo considerable para construir una exteriorización inequívoca de la voluntad, sin resultado que permita sentar un mínimo de discernimiento para actuar por sí, según el caso.

Ahora bien, respecto a la solicitud de un apoyo con carácter intenso, para la formalización de los actos jurídicos que impliquen la transmisión del dominio, el tribunal cuidará de que ello no le cause agravio a la persona asistida, en cuyo caso, desestimará el nombramiento para ese específico acto.

Por su parte, los asistentes del apoyo para la toma de decisiones, se denominan *salvaguardias*. Estas son las medidas destinadas a asegurar que la persona designada como apoyo actúe conforme al mandato encomendado; se adoptan para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de quien precisa de aquella, prevenir el abuso y la influencia indebida por su parte, así como evitar la afectación o poner en riesgo el adecuado ejercicio de los derechos de las personas asistidas.

Las medidas deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona titular del apoyo, y han de constar en la sentencia de designación. Asimismo, tal como en los apoyos, precedentemente analizados, debe indicarse el período de su ejecución.

Los apoyos y las salvaguardias, dados los fines que están llamados a desempeñar, han de sustentarse en determinados criterios de aplicación:

Necesidad: Se disponen a instancia de parte, siempre que la persona titular del apoyo lo solicite o cuando, aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles y las medidas de apoyo, no sea posible establecer de forma inequívoca la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico.

Correspondencia: Los apoyos que se presten para tomar decisiones deben corresponderse con las circunstancias específicas de cada persona.

Duración: Los utilizados para celebrar un determinado acto jurídico deberán ser instituidos por períodos de tiempo definidos, los que podrán ser prorrogados en dependencia de las necesidades de la persona titular del acto jurídico.

Imparcialidad: Quien o quienes preste(n) apoyo para la realización de actos jurídicos, en el ejercicio de sus funciones, deben obrar de manera ecuánime, respetando siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto, con independencia de que considere que esta debiera actuar de otra manera; asimismo, han de respetar el derecho del asistido a tomar riesgos y cometer errores, y no influir, indebidamente, en sus decisiones. Se considera que hay influencia de esta índole cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y quien lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación.

En los casos en que la PD necesite apoyos, pero no tenga parientes ni personas de confianza a quien designar con este propósito, el tribunal lo dispondrá oficiosamente, del cuerpo de defensores judiciales u oficiales, a fin de que uno de ellos asista a la persona para la realización de los actos que requiera ejercer, como titular.

Todas las cuestiones que se deriven de la provisión de apoyos y salvaguardias se tramitan en las propias actuaciones y por el mismo cauce en que se dispongan, a cuyo fin, de ser necesario, aquellas se remiten al tribunal correspondiente al domicilio donde se encuentra la persona a que se refiere, en el cual se sustancian. A tales efectos, el órgano judicial convoca a audiencia, con la intervención del fiscal.

La excusa o negación de asumir las obligaciones a que se contrae el cargo, o la razón de inhabilidad planteada por la persona designada como apoyo o salvaguardia, se tramita y decide por la vía de las cuestiones incidentales, en el plazo que la ley establece al efecto.

Es trascendental el control judicial sistemático sobre las obligaciones del apoyo designado, de la forma y en los plazos previstos en la sentencia dictada, actuación que no puede ser formal, sino que el tribunal debe desplegar una actividad indagatoria que le permita conocer el cumplimiento efectivo de las funciones de asistencia desarrolladas. Para ello, la persona (o las) persona(s) nombrada(s) como apoyo(s) o salvaguardia(s), en su caso, debe(n) rendir cuenta de su gestión ante el órgano judicial competente, sobre los aspectos identificados en el Artículo 571.1 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4056], y realizar cualquier

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

otra diligencia que, a juicio de aquel, le permita verificar la ejecución de las obligaciones a cumplir. La revisión de las medidas de apoyo puede verificarse antes de que transcurra el plazo dispuesto, a instancia de la parte interesada o de oficio.

La persona designada deberá rendir cuenta de su gestión ante el tribunal competente, sobre los aspectos siguientes:

1) El tipo de apoyo que prestó en los actos jurídicos en que intervino.

2) Las razones que motivaron la forma en que prestó el apoyo, con especial énfasis en cómo estas expresaban la voluntad y preferencias de la persona asistida.

3) La persistencia de una relación de confianza entre la persona de apoyo y el titular del acto jurídico asistido.

Si se trata de un apoyo intenso, por tener reconocidas facultades de representación respecto a la PD, y siempre que se trate de un acto de transmisión del dominio, el tribunal debe asegurarse de que este no haya tenido lugar en perjuicio de los legítimos intereses del asistido, pues, en ese caso, dará cuenta al fiscal, en el propio acto, para el ejercicio de la acción de nulidad correspondiente.

De igual modo, ha de comprobarse si la PD permanece residiendo en el mismo domicilio, si persisten las relaciones de afecto entre el apoyo y la persona asistida, si se emplea un modo adecuado para facilitar la voluntad de la PD, y para que esta comprenda las consecuencias jurídicas del (o los) acto(s) jurídico(s) realizado(s), si no existen manifestaciones de influencia indebida entre ellos.

Cuando el control se lleve a cabo antes de expirar el plazo dispuesto, deberá precisarse si la persona asistida continuará con el apoyo designado por el tiempo que resta; si el control se realiza culminado el período, habrá que indagar si se desea prorrogar la asistencia o modificar las medidas de apoyo, las que, en cualquier caso, quedarán instruidas conforme al interés de la PSD.

Igualmente, se impone comprobar que la persona que funge como apoyo o sus causahabientes no hayan recibido bienes que conformen el patrimonio del asistido, a título gratuito u oneroso.

Cuando el apoyo haya intervenido en los actos jurídicos del asistido, en nombre propio o en el de un tercero, se verificará que no existan conflictos entre los intereses respectivos. Esta situación se presenta,

por ejemplo, si el primero, o sus causahabientes, participan, con el carácter de comprador, donatario, permutante, beneficiario de cuentas bancarias u otros, en un negocio en que la otra parte es el segundo.

En otro orden de cosas, los apoyos también pueden nombrarse por vía notarial, y los conflictos derivados del ejercicio de sus funciones serán de conocimiento judicial, por el proceso sumario comentado. La extinción de los apoyos se tramita en las propias actuaciones de su designación y procede por el fallecimiento de la persona asistida o de la que brinda el apoyo, en caso de que hubiese sido la única designada, o por sentencia de presunción de muerte de alguno de ellos.

VII. AJUSTES RAZONABLES

Acerca de la definición que reconoce el Artículo 2 de la CDPD (OACNU, 2014) sobre los *ajustes razonables* (pp. 275-276), todas las PD tienen el derecho a la realización de las modificaciones y adaptaciones necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica civil. Los artículos 30.1 y 2 y 32.2, del CC, tal como quedaron modificados por la disposición final primera del CFS (GOR-O (99), 2022, pp. 2878-2980), y el Artículo 427 de esta última disposición (p. 2970), se refieren a esta cuestión.

La propia Convención, desde la conceptualización que ofrece como soporte de los ajustes razonables, coloca el límite de que, en todo caso, su adopción debe ser con ese carácter, en el entendido de que no toda adaptación o modificación en las distintas esferas de la sociedad puede ser jurídicamente obligatoria; sin embargo, en el plano del procedimiento, esto radica en la necesidad de hacer asequibles los procesos judiciales, mediante la adecuación de la normativa procesal a los postulados convencionales, de modo que permita la efectiva implementación de los conceptos que presiden la intervención de las PSD en condiciones de igualdad.

Solo el cumplimiento de las definiciones a que alude el tratado internacional en comento coadyuvan a una menor necesidad de ajustar el cauce en pos del acceso a la justicia, visto que en la dimensión en que se utilicen los dispositivos de apoyo —diseño universal, medidas de acción positivas—, por los operadores del sistema judicial, se garantiza la intervención debida de las personas en las actuaciones, en aras de hacer viable su acción y proporcionarle seguridad a quien así lo requiera, en la celebración de las audiencias, la práctica de las pruebas, el

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

examen de las actuaciones, su escucha, y todo cuanto le facilite discurrir por el camino instrumental establecido para la defensa de sus intereses legítimos y el ejercicio de sus derechos, frente a la maquinaria judicial.

Lo anterior se concreta en que, para la comunicación procesal, se utilicen intérpretes en lenguaje de señas, los formatos accesibles, las versiones de las resoluciones en lectura fácil o braille, el reajuste de los plazos del procedimiento, la adaptación a las necesidades de la PSV, según sus diversas expresiones, las diligencias procesales, sean de pruebas, emplazamientos, notificación, citación.

Se trata esencialmente de que proceden los ajustes razonables cuando el diseño universal o las medidas de accesibilidad regentes no se satisfacen de manera justificada para un caso individual, y se convierte en un auténtico derecho destinado a remediar esa situación de impedimento, pues lo contrario se traduce en discriminación.

Debe tenerse en cuenta la distinción que plantea el Comité sobre los derechos de las PD, entre los ajustes de procedimiento y aquellos que se reconocen como razonables. Los primeros se atemperan al acceso a la justicia y al debido proceso; y los últimos están supeditados al criterio de proporcionalidad debida, en evitación de que concurra una limitación no justificada (Asís, 2020, p. 8).

La solicitud de ajustes razonables se conoce, en la vía judicial, a instancia de los legitimados para la provisión de apoyos, siempre que haya sido denegada por el requerido de forma expresa o tácita y lo pretendido no le imponga al obligado una carga desproporcionada o indebida, para garantizar a las PSD el goce o ejercicio de sus derechos, en igualdad de condiciones con las demás, incluidos los actos que se precisen para el desarrollo de la vida diaria, cualquiera que sea su naturaleza. Su tramitación es por el cauce del proceso ordinario, conforme al Artículo 520.1 n), con relación a la fórmula prevista en el 580, ambos del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 4048, 4058], lo que permite reducir los plazos del trámite, para llevar el conocimiento a un juicio sumarial, de cara a la necesidad de una justicia pronta por el camino más expedito, dada la sensibilidad del objeto del juzgamiento.

El tribunal, de acuerdo con los dictados de la Instrucción antes referida, para la adopción de los ajustes razonables, debe atender a las pautas siguientes:

1) La específica necesidad de la PSD.

2) La modificación o adaptación concreta que se requiere, en el orden de los derechos fundamentales reconocidos en la CRC [GOR-O (5),

2019, pp. 69-116], las leyes de desarrollo y los instrumentos jurídicos internacionales de los que Cuba es parte (acceso, igualdad, inclusión, discriminación, equidad, entre otros, y en todas las esferas).

3) La proporcionalidad debida entre el ajuste pretendido (modificación o adaptación) y la necesidad y adecuación (razonable) física, sensorial, o intelectual de la PSD, según el derecho de goce o ejercicio de que se trate.

La esencia de declarar la necesidad de los ajustes razonables para el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la CRC [GOR-O (5), 2019, pp. 69-116] a todo ciudadano, y aquellos que dimanan de las leyes de desarrollo responde, básicamente, con relación a las PSD, a garantizar su plena inclusión en la sociedad, su accesibilidad integral en todos los ámbitos y esferas de funcionamiento y, con ello, evitar cualquier actuar discriminatorio, material o inmaterial, que lo impida.

Se reconoce su tramitación y solución en la jurisdicción por el tipo procesal invocado, no solo porque es una cuestión inherente al estatuto de la capacidad a que se contrae el ordenamiento civil sustantivo, a la par con el específico propósito de dispensar una tutela judicial particularizada, coherente con el llamado de la CDPD (OACNU, 2014, pp. 271-316) a los Estados parte, para adecuar sus legislaciones en todos los órdenes a asegurar y promover el ejercicio pleno de los derechos de las PD, de lo que no escapa la denegación de ajustes razonables, como óptima garantía de su objetiva protección, en evitación de los escollos que, de ordinario, se presentan en la jurisdicción administrativa como riesgo de posible indefensión, frente a la tutela que, sin dilaciones formales, ha de dispensarse para situaciones que, por su sensible naturaleza, recaban del principio de celeridad en la actuación del órgano juzgador.

La sentencia que resuelve sobre la necesidad de la adopción de los ajustes razonables se atempera a las pautas previstas en la Instrucción No. 278 [GOR-E (11), 2023, pp. 35-42], para la provisión de apoyos y medidas de salvaguardias, en cuyo caso la segunda sentencia, en formato de lectura fácil, será procedente cuando el ajuste responda a una PSD intelectual.

En el ámbito del procedimiento, el tribunal, en todo caso, para equilibrar la relación jurídica procesal, cuando intervienen PSD, conforme a lo previsto en el Artículo 9.3 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 3978], como resultó complementado por la referida Instrucción, en su aparta-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

do quinto, podrá asirse, entre otras que estime pertinente, de distintas herramientas, como las relacionadas a continuación:

1) Utilización de un lenguaje claro, sencillo y accesible que le permita a la PD entender cada actuación procesal, sea oral o escrita.

2) Intervención de un intérprete en la lengua de señas, medios de apoyo tecnológicos para las personas sordas, ciegas, sordomudas y sordo-ciegas, así como facilitadores de la comunicación no convencional, incluidos los especialistas en el sistema braille, y el empleo de formas accesibles de lenguaje, según proceda.

3) Intervención de especialistas en pedagogía, sociología, psicología y otras ciencias, así como expertos del sistema de salud, para facilitar que la persona comprenda y pueda ser comprendida sobre las cuestiones sometidas a juzgamiento, según la específica situación de discapacidad que posea.

4) Acompañamiento de un tercero, de la confianza y elección de la PD, para facilitarle su interacción con los integrantes del tribunal y el entorno judicial.

5) Implementación de las acciones necesarias para la eliminación de las barreras de todo tipo que impidan el adecuado desplazamiento de la PSD, en el caso de los actos celebrados en la sede judicial, siempre que tenga la posibilidad de trasladarse hasta ella.

La adopción de los ajustes razonables en el ámbito extrajudicial requiere imperiosamente que la administración pública y los nuevos actores económicos, en el cumplimiento de su objeto social, readapten sus regulaciones de actuación, con vistas a favorecer las adaptaciones necesarias para atender y satisfacer las solicitudes con una perspectiva integral que garantice una interacción inclusiva de las PSV, en sus distintas expresiones, con los órganos y los organismos que integran el aparato estatal, conforme a los principios y derechos convencionales que el mentado tratado internacional les impone a los Estados parte, y el mandato que en este orden establece el texto constitucional cubano.

El único supuesto que permite denegar la solicitud de ajustes razonables es la configuración de una carga desproporcionada o indebida para el obligado a dispensarlo, al no cumplirse los requisitos que con carácter inexorable justifican su adopción, a saber, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, aspectos que requieren de un marco regulatorio administrativo que diseñe la actuación del Estado, según el rol

específico de las distintas autoridades en ese ámbito, para la verdadera protección de las PSV, en el ejercicio de sus derechos, en plano de igualdad.

VIII. LA MINORIDAD EN EL PROCESO

A la minoría de edad, como específica SV, le es aplicable la CDN (OACNU, 2014, pp. 119-179), de 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, y de la que Cuba es parte desde 1991, así ratificada por el Consejo de Estado, el 18 de abril de ese año, la cual, como principio universal, realza la protección de los menores. En tal sentido, el Artículo 3 indica que «en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño» (p. 122). Tal postulado encuentra respuesta en el Artículo 86 de la Carta Magna [GOR-E (5), 2019], en el que se consagra que:

> El Estado, la sociedad y las familias brindan especial protección a [los NNA] y garantizan su desarrollo armónico e integral para lo cual tienen en cuenta su interés superior en las decisiones y actos que les conciernan. Los NNA son considerados plenos sujetos de derechos y gozan de aquellos reconocidos en esta Constitución, además de los propios de su especial condición de persona en desarrollo. Son protegidos contra todo tipo de violencia. (p. 85)

El citado instrumento internacional es de recta observancia en todos los asuntos judiciales en que intervengan NNA; si estos, al tiempo, se encuentran en SV por razón de discapacidad, les es aplicable el Artículo 7 (OACNU, 2014), que se refiere a la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás.

Los NNA también tienen derecho a la designación de apoyos para los actos que la ley les permite realizar de manera autónoma, acorde con su capacidad progresiva, o en aquellos casos en los que sea atendible la voluntad y preferencias de la persona menor de edad, cuestión de relevancia tanto para los titulares de la responsabilidad parental como para otros tutores legales, en el caso de encontrarse en el acogimiento

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

familiar dispuesto judicialmente o en una institución estatal, por concepto de desamparo filial, expresión de efectivo respeto a sus derechos.

A ese fin, se utilizará un lenguaje claro, sencillo, conducente a la mejor comprensión del NNA sobre las cuestiones a saber, con un diálogo intencionado sobre sus deseos y preferencias, su entorno familiar, escolar y sobre aquellas cosas que configuran su esparcimiento y bienestar, en evitación de cualquier indicio de coacción que limite su libre expresión en el intercambio con los juzgadores.

En la integralidad del contenido de la CDN (OACNU, 2014, pp. 119-179) se consagran los derechos inherentes a NNA, otorgándole preminencia al respeto de estos, entre los que figuran el de participar en todo procedimiento en que se juzguen sus intereses y el de dar a conocer sus opiniones, de modo que estas se tengan en cuenta conforme a su edad y madurez. La premisa de atención en los conflictos en que intervienen es que, solo por ley, serán restringidos los derechos de los NNA y, aunque, en gran medida, su ejercicio dependerá de los adultos que ostentan la responsabilidad parental sobre ellos, o de los tutores legales, según sea el caso, nada se opone a validar sus preferencias, en atención al grado de capacidad que poseen en constante evolución.

Los tribunales, para resolver sobre los derechos e intereses de los NNA, han de tener en cuenta que, en los casos en que puedan formarse un juicio propio, la responsabilidad parental por sí no implica la sustitución de sus aptitudes y competencias individuales, las que, aun sujetas a un proceso de desarrollo, los dotan gradualmente de su propia autonomía, en la medida que su edad y madurez les permita.

La vulnerabilidad por razón de la minoría de edad no puede entenderse como una desventaja de cara al proceso; de forma adversa, opiniones, deseos, sentimientos y preferencias de los NNA, serán información de cardinal importancia para ofrecerles la especial protección que la ley les dispensa en el reconocimiento y disfrute efectivo de sus derechos, como expresión de respecto a su dignidad plena y autonomía individual.

Estos elementos, en su conjunto, conforman la virtualidad del interés superior del NNA, de obligada salvaguarda en la solución de los conflictos en que se juzga sobre sus derechos o en aquellos que pudieran causarles algún perjuicio; es el momento en que el juez deberá delinear ese específico interés y construir la plataforma fáctica y jurídica que los pone a salvo, con relación a los que defienden los demás

sujetos procesales intervinientes en el juicio, actuación que destierra la esquemática práctica de aludir en la sentencia a que la decisión judicial responde al interés superior del NNA, en tanto razonamiento inocuo que nada trasmite. La motivación de la resolución, en todo caso, deberá explicitar por qué se entiende que un específico derecho ha de protegerse con superioridad a los demás, que constituyen el objeto del debate sometido a composición judicial, y los criterios determinantes de la exclusión de otros, conclusión a la que ha de arribarse luego de un examen mesurado y acucioso de cada circunstancia que rodea al NNA, en todos los órdenes, los aspectos relevantes que matizan su relación con sus ascendientes y parientes más cercanos, su desarrollo escolar y psicosocial, y sus expectativas individuales, de acuerdo con las facultades cognoscitivas de una persona en plena evolución física y emocional.

El interés superior de los NNA queda expresamente regulado en el Artículo 86 de la CRC, antes citado, como principio rector atendible en todos los actos y las decisiones que les conciernan; conduce a que, en los procesos referentes, la guarda y cuidado, y el régimen de comunicación de los hijos menores de edad respecto a sus padres, es de considerable preminencia la observancia del interés superior de los NNA, conflictos en que regularmente los progenitores se apartan de la alta responsabilidad que entraña el ejercicio de la responsabilidad parental para con sus hijos, y asumen posiciones acomodaticias a sus particulares intereses, tomando distancia de la esencia del juzgamiento, que recae sobre la persona del hijo y en ello van implícitos la formación de su personalidad, el desarrollo de sus valores como ser humano, su equilibrio y estabilidad emocionales, siendo los padres los protagonistas de su esfera afectiva; sin embargo, el mal manejo de sus posturas en un litigio de tan sensible naturaleza trae consigo, en no pocos casos, la propia percepción del menor como objeto de conflicto, efecto pernicioso para una persona en pleno desarrollo físico y psicológico. Tal situación se advierte desde los escritos polémicos de las partes involucradas, en los que, de acuerdo con la experiencia de la autora, no sustentada en datos empíricos, se hace notable la valoración del NNA como objeto de una enconada confrontación de intereses y no como el sujeto de derechos que resulta, con aptitudes y competencias que determinan su autonomía en correlación con su edad y grado de madurez.

Es el órgano juzgador, en cabal cumplimiento de la función tuitiva que le compete en la solución de los conflictos familiares o de otra índole en

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

los que intervengan NNA, el que —dotado de las herramientas procesales atendibles y en recta observancia de la Carta Magna, los postulados de la CDN y la normativa familiar vigente, mediante los distintos fallos judiciales— asentará los criterios que guían el interés superior, con expresa y pertinente argumentación sobre la opinión del NNA, si tuvo repercusión directa o indirecta en la decisión adoptada, si se tomaron en cuenta sus deseos y preferencias, en respuesta plausible a su participación en el proceso en que se juzgaron sus derechos; asimismo, se expresarán mensajes educativos que inculquen a los padres y parientes de la persona menor de edad, la prevalencia de sus intereses sobre los de los adultos que conforman su entorno familiar, y los elementos fácticos y jurídicos que conllevaron al tribunal a justificar la preminencia de un derecho determinado sobre otros, de modo que resulte distintivo el interés tutelado.

IX. CONCLUSIONES

En el proceso de conocimiento de carácter sumario, encuentra adecuado asidero la solución de conflictos inherentes al ejercicio de la capacidad jurídica civil, desde la perspectiva garantista de una justicia pronta y efectiva, lo que se impone en un juicio que tiene como objeto validar la actuación de la persona en el ámbito jurídico, tras dilucidar, mediante suficiente actividad probatoria, tanto a instancia de parte como oficiosamente, el despliegue de su autonomía personal, por un cauce expedito, con máxima intervención de la persona en defensa de sus derechos subjetivos, y la asistencia, mediante la provisión de apoyos, en la vía judicial, para los actos en que requiera complementar su actuación.

El acceso a la justicia es un derecho fundamental de la persona, de ahí que todo cuanto se ciña a su capacidad para actuar por sí e integrarse a la sociedad configure el respeto a su dignidad humana, protección que debe dispensar el Derecho, mediante mecanismos procesales ágiles y flexibles que garanticen la máxima intervención en el proceso, la igualdad de oportunidades y la atención a las alegaciones y preferencias de cada quien, como garantías de una intervención procesal plena.

Todas las PD tienen capacidad para el ejercicio de sus derechos, en igualdad de condiciones que las demás, en todos los aspectos de la

vida en sociedad, conforme consagra la CDPD (OACNU, 2014, pp. 271-316). Como consecuencia, queda desterrado el modelo de sustitución de la voluntad por el de asistencia en la manifestación e interpretación de esta, con la provisión de apoyos y medidas de salvaguardias, sistema de complemento que permite al asistido desplegar sus aptitudes y competencias en la medida en que su autonomía personal se lo posibilite, y conforme a sus específicas necesidades. La asistencia podrá detentarse por designación judicial, así como mediante las diligencias pertinentes que imponen los ajustes razonables, para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona titular del acto jurídico.

Es de capital importancia que los jueces, en sus sentencias, dibujen el camino por el que debe discurrir una tutela verdaderamente efectiva para las PSV, por razón de discapacidad. Compete a los tribunales revertir los enfoques de sustitución, representación, restricción o carencia de la capacidad jurídica civil, en tanto esta es consustancial a todos los seres humanos desde el nacimiento y su modificación ha de ser de carácter excepcional, frente a las consecuencias irreversibles de aniquilar la existencia de una persona para el mundo del Derecho, que se traduciría en la mutilación de su actuación por sí, para todos o algunos de los actos que conforman el espectro jurídico de la sociedad, lo que se distancia del carácter humanista que guía la función de impartir justicia.

La CRC [GOR-O (5), 2019, pp. 69-116] y los instrumentos internacionales de los que Cuba es parte resultan de recta aplicación en la solución de los conflictos en que intervengan PD, menores de edad, adultos mayores, víctimas de violencia de género o intrafamiliar, entre otras, porque tales regulaciones ofrecen una protección especial para que las personas con *capacidades diferentes* disfruten, en plano de igualdad, de sus derechos, de forma autónoma e independiente, bajo el principio de la inclusión e integración social, a lo que responde la adopción de los ajustes razonables, siempre que, por la negación expresa o tácita del obligado, quienes los necesitan queden impedidos del ejercicio de aquellos.

IX. REFERENCIAS

Asís, R. (2020). Sobre ajustes de procedimiento y acceso a la justicia. Huri-Age, Red Tiempo de los Derechos, (6), 8. https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 244. (Abril 23, 2019). GOR-O (32), 473-477.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 265. (Febrero 1.º, 2022). GOR-E (13), 717-725.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 278. (Febrero 14, 2023). GOR-E (11), 35-42.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo. En OACNU. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 271-316.

Convención sobre los derechos del niño y sus protocolos facultativos. En OACNU. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 119-179.

Cumbre Judicial Iberoamericana. (Abril, 2018). 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana. http://www.cumbrejudicial.org

Ley No. 7, de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico. En Mantecón, A. (Rev.). (2015). Ediciones ONBC.

Ley No. 1289, Código de familia. En Carrasco Perera, A. (Ed.) (2000). *Código civil y leyes civiles cubanas,* 117-157. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Ley No. 59, Código civil. En Carrasco Perera, A. (Ed.) (2000). *Código civil y leyes civiles cubanas,* 15-116. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.

Ley No. 156, Código de las familias. (Septiembre 27, 2022). GOR-O (99), 2893-2995.

Ley No. 160, de la Fiscalía General de la República. (Enero 13, 2023). GOR-O (5), 87-113.

Mendoza, J. (2015). *Derecho procesal. Parte general*. Félix Varela.

Ministerio de Justicia. (1987). Ley 1289 de 14 de febrero de 1975, Código de familia, en vigor desde el 8 de marzo de 1975 (2.ª ed., anotada y concordada).

OMS (2001). Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud (CIF). http://www.aspace.org

Valdés, C. C. (2006). La relación jurídica civil. En *Derecho civil. Parte general*. Félix Varela.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Julio 12, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

JUDICIAL APPLICATION OF INTERNATIONAL TREATIES

Esp. José Miguel Reyes Morales
Magistrado, Sala de lo Militar, Tribunal Supremo Popular, Cuba
Código ORCID: 0009-0002-1440-3292
joser@tsp.gob.cu

Resumen

El presente trabajo forma parte de la investigación que desarrolla el autor a partir de la necesidad de garantizar el cumplimiento efectivo de lo establecido en la Constitución de la República de Cuba y demás leyes que conforman el ordenamiento jurídico cubano respecto a la aplicación de los tratados internacionales, en la solución de los asuntos penales que se tramitan por los tribunales militares. El contenido aborda parcialmente los resultados relativos a la caracterización del nuevo contexto legislativo, las limitaciones en ese ámbito, los fundamentos teóricos y la expresión normativa en materia penal, provenientes de estudios académicos realizados por diversos autores, además de valoraciones derivadas de la práctica judicial, cuya solución tributaría a elevar la calidad de las decisiones y las buenas prácticas que deben caracterizar el servicio que se presta en los órganos jurisdiccionales.

Palabras clave: Constitución; tratados internacionales; principios; tribunales militares.

Abstract

This work is part of an investigation carried out by the author based on the need to guarantee effective compliance with the provisions of the Constitution and other laws that make up the Cuban legal system

in terms of international treaties, in the solution of the criminal matters processed in the judicial headquarters of the military courts. Its content partially addresses the results achieved regarding the characterization of the new legislative context, the limitations identified in this area, as well as the theoretical foundations and normative expression in criminal matters from academic studies carried out by various authors, as well as assessments derived from judicial practice, whose solution would contribute to raising the quality of the decisions adopted and the good practices that should characterize the service provided in the jurisdictional bodies.

Keywords: Constitution; international deals; beginning; military courts.

Sumario

I. Introducción; II. Los tratados internacionales en el constitucionalismo cubano; III. Relación entre el Derecho internacional y el interno; IV. La normativa penal actual y los tratados internacionales; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La CRC, entre sus principios fundamentales, establece que Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social [GOR-E (5), 2019, p. 71] y que la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida en nombre de este por el TSP y los demás tribunales que la ley instituye —Artículo 147, p. 100.

A tono con lo antes expuesto, el 21 de diciembre de 2021, se promulga la LTM [GOR-E (11), 2022, pp. 541-574]. Su contenido reafirma que estos y los populares forman parte del mismo sistema de justicia. La disposición normativa regula, entre otras cuestiones, los asuntos atribuidos a dichos órganos, en cuya solución resulta ineludible la observancia de preceptos vinculados al cumplimiento de los TI ratificados por el país.

Según Miranda (2006, s.p.), el vocablo *tratado* es un término genérico que abarca todos los instrumentos vinculantes con arreglo al Derecho internacional, cualquiera que sea su designación formal, concertados entre dos o más personas jurídicas internacionales.

Sin embargo, no es suficiente el mero hecho de que los Estados se obliguen con un TI para que este alcance la efectividad deseada, sino que

 ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

cada Estado debe crear las condiciones precisas para facilitar y garantizar su cumplimiento, mediante la coherencia necesaria entre el Derecho internacional y el interno.

El control de convencionalidad es un principio de articulación de los estándares y reglas provenientes de los TI con el Derecho interno, que tiene a la garantía de acceso a la justicia como herramienta eficaz y obligatoria para los jueces, a fin de hacer efectivos los derechos, de ahí que la interpretación y el acatamiento de tales instrumentos con vigor en el país resulte obligatoria para los órganos jurisdiccionales, en observancia al principio universalmente reconocido de *pacta sunt servanda*.

La Carta Magna consagra cambios sustanciales, atemperados a las nuevas realidades histórico-concretas que se experimentan en los órdenes económico, político y social, tanto en el ámbito nacional como en las relaciones con otros Estados, aspecto que conduce a la necesaria coherencia con las normas de desarrollo.

En ese sentido, al expresar su Artículo 8 [GOR-E (5), 2019, p. 72] que el contenido de los TI «forma parte o se integra» a la legislación interna, introdujo por vez primera transformaciones medulares relativas a estos instrumentos, elemento que hace suponer la aceptación de un sistema que combine los modelos de recepción automática y formal.

Sin embargo, lo antes dicho permite identificar limitaciones normativas en los términos siguientes:

1) En relación con el mecanismo de incorporación en el ordenamiento interno existirán tratados, válidamente celebrados, que no necesitarán de transformación para ser parte de este, siguiendo el sistema automático, mientras que otros tendrán que convertirse en norma jurídica interna para poder ser aplicados, en correspondencia con la recepción formal, sin que se defina cuáles instrumentos internacionales serán incorporados de una forma u otra.

2) El referido artículo dejó fuera cuestiones medulares como la delimitación del rango normativo de los TI dentro del ordenamiento jurídico para facilitar y garantizar su cumplimiento de manera armónica, en tanto solo define la supremacía constitucional sobre estos.

3) No establece el orden de prioridad cuando el TI prevea derechos, garantías o sistemas de protección más favorables que los contenidos en la CRC y las leyes y, por tanto, su aplicabilidad en el orden interno.

4) La aplicación provisional de los TI resulta indefinida en su respaldo regulatorio.

5) El Decreto-Ley No. 191 de 1999 [GOR-O (12), pp. 193-197] refleja una posible deducción del vínculo que se establece entre los TI y el ordenamiento interno; no obstante, resulta insuficiente para determinar la influencia que tienen tales preceptivas para la recepción del convenio internacional.

6) El mandato constitucional recogido en los artículos 111 f), 128 d), 144 k) y 165 [GOR-E (5), 2019, pp. 91, 95, 100, 103], referido a la publicación de las disposiciones normativas en la *Gaceta Oficial* no se hace extensivo a los TI.

En el orden práctico, aunque la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 72] representa un considerable avance en esta temática, la insuficiencia normativa existente y, en consecuencia, su limitado conocimiento por los operadores del Derecho en particular y en la población en general, influyen en la efectiva interpretación e implementación de los presupuestos internacionales en sede judicial. La cuestión impacta negativamente, por cuanto trasciende al necesario control de convencionalidad y constitucionalidad atribuido a los jueces, como garantes del acceso a la justicia demandado; de ahí que lo preceptuado al respecto requiera de perfeccionamiento en las normas de desarrollo.

II. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL CONSTITUCIONALISMO CUBANO

La regulación constitucional cubana respecto al Derecho internacional público ha sido históricamente parca, concentrándose mínimamente en las autoridades competentes para ratificar los TI, denunciarlos y velar por su ejecución. No hay antecedentes de la incorporación de aquel al ordenamiento interno.

La primera Carta Magna puesta en vigor en territorio cubano fue la Constitución de Guáimaro de 1869 (Torres y Suárez, 2018, pp. 183-191), con la intención de lograr la organización y unidad del movimiento revolucionario iniciado por Carlos Manuel de Céspedes, el 10 de octubre de 1868, y formar un gobierno nacional que representara por igual en toda la República. Con este hecho, nace la primera República de Cuba en Armas. En el análisis de aquella (Infiesta, 1942, p. 255), se destacan

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

dos elementos: uno, en cuanto a la atribución de soberanía al poder legislativo, y otro, relativo a la limitación del ejecutivo, al cual le correspondía dirigir las relaciones exteriores, en su mínima expresión, con la exigencia de que la Cámara de Representantes ratificara los tratados inicialmente concertados por el presidente.

Posteriormente, fue aprobada la más pequeña de las constituciones mambisas, que consta solo de cinco artículos. La Constitución de Baraguá (Torres y Suárez, 2018, p. 195) determinó un gobierno provisional para manejar la Revolución. En este órgano se congregaron las funciones legislativas y ejecutivas, con lo cual se dejó a un lado la concepción de tres poderes asumida por la de Guáimaro. Respecto al tema en cuestión, en el texto constitucional se concede al gobierno la facultad en torno a la concertación de los tratados de paz, con un elemento particular: el reconocimiento popular.

Cuando se retoma la lucha, se aprueba la Constitución de Jimaguayú (Torres y Suárez, 2018, pp. 199-213), el 16 de septiembre de 1895, la cual consta con 24 artículos, y supera las diferencias existentes entre mando civil y el militar, tras la experiencia de la Guerra de los Diez Años. De ahí que se estableciera un Consejo de Gobierno con privilegios administrativos y legislativos, al tiempo que se concedía plena autonomía al mando militar. En ese sentido, tal Ley fundamental marcó un hito en la historia constitucional cubana.

El referido texto sigue las ideas precedentes en cuanto a la regulación de los órganos facultados para la celebración de acuerdos internacionales en uso de la soberanía nacional, así como el especial pronunciamiento en torno a los mecanismos para su firma y ratificación, en aras de fortalecer las ideas de independencia de la nación. Con respecto a los tratados relativos a la paz con España, se hacía referencia a la necesidad de convocatoria expresa a la Asamblea de Representantes, órgano facultado para elaborar una nueva Constitución, cuestionar la gestión del Gobierno, procurar la solución de todas las necesidades de la República, y encargado de ratificar, junto al Consejo de Gobierno, los acuerdos en materia de paz.

Por su parte, la Constitución de la Yaya (Torres y Suárez, 2018, pp. 217-241) asignó al Consejo de Gobierno la facultad exclusiva de la aprobación definitiva de los tratados con otras naciones y determinó expresamente el órgano autorizado para la concertación y ratificación de los TI, y la regulación de acuerdos de paz, siempre en correspondencia con el

logro de la independencia y con anuencia de la voluntad popular, elemento significativo que sentó pautas a regulaciones posteriores y que resultó en alguna medida continuador de la regulación constitucional precedente en esta materia.

La Constitución de 1901 (Torres y Suárez, 2018, pp. 264-382) evidenció una sumisión expresa a los TI aprobados, la que se manifestaba, fundamentalmente, en lo relacionado con los acuerdos de los consejos provinciales y los ayuntamientos, los que podían ser suspendidos si se estimaba que eran contrarios a los tratados aprobados por Cuba. La ley fundamental era omisa en cuanto a la jerarquía de los TI, aunque es posible inferir que estos ocupaban un rango *supra* legal.

La Constitución de 1940 —la más avanzada de América en su momento— (Torres y Suárez, 2018, pp. 455-763) siguió la misma línea de su predecesora, en materia de TI; la omisión acerca de la jerarquía de estos en relación con las normas de carácter interno quedó irresoluta. Sin embargo, incluyó una prohibición expresa en cuanto a acoger un TI que violaran la soberanía: «La República no concertará ni ratificará pactos o tratados que en forma alguna limiten o menoscaben la soberanía nacional o la integridad del territorio» —Artículo 3, p. 458. Este precepto, sin lugar a duda, es expresión de las ideas progresistas que caracterizaron los debates para su elaboración.

Con el triunfo de la Revolución, se promulgó la Ley fundamental de 7 de febrero de 1959 (Torres y Suárez, 2018, pp. 109-127), cuyo Artículo 3 reprodujo el precepto de igual número de la Constitución de 1940, antes comentado, mientras el 120 c) atribuyó al Consejo de Ministros la aprobación de los tratados que negociara el presidente de la República. El 24 de febrero de 1976 fue proclamada una nueva Ley de leyes, que dio por terminado el período de provisionalidad del Gobierno Revolucionario y marcó la etapa de la institucionalización.

La Constitución de 1976 (Torres y Suárez, 2018, pp. 933-950) le atribuyó a la ANPP —órgano supremo del poder del Estado que representa y expresa la voluntad soberana de todo el pueblo—, la legitimación para aprobar los lineamientos generales de la política exterior e interior, así como los tratados de paz; además, estableció que correspondía al Consejo de Estado ratificar y denunciar acuerdos internacionales, lo cual reafirma su definición como órgano que representa al Estado cubano a los fines internacionales.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

En ese orden de ideas, el actual texto constitucional muestra un salto significativo en materia de TI, al introducir modificaciones relativas al establecimiento de las bases jurídico-constitucionales de la política exterior y la recepción de aquellos. Al margen de las limitaciones normativas previamente comentadas, y a diferencia de sus predecesoras, la nueva Carta Magna recoge de forma expresa la incorporación de los TI en el ordenamiento jurídico interno. En cuanto a la subordinación, establece que la Constitución prima sobre los TI, expresión que no solo postula su carácter supremo, sino que pauta lo regulado en la LTJ [GOR-O (137), 2021, pp. 3929-3975] y en la LTM [GOR-E (11), 2022, pp. 541-574] con carácter supletorio, relativo a que los jueces la aplican directamente, y dejan sin efecto los actos que se le opongan.

III. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL INTERNO

Al abordar este tema se está en presencia de un constante debate dirigido, esencialmente, al fundamento de validez del Derecho internacional, atendiendo a si se encuentra en sí mismo o en el interno, de lo cual se desprende el vínculo entre ambos ordenamientos jurídicos. El Derecho internacional público es el conjunto de reglas que determinan los derechos y deberes recíprocos de los sujetos internacionales, mientras que el Derecho interno o estatal es aquel cuya validez está limitada al territorio del Estado y no se encuentra subordinado a ningún orden superior. En el territorio de un Estado coexisten simultáneamente ambas normas, siempre y cuando se realice de manera armónica. Cuando se evidencien contradicciones entre ellas, debe plantearse cuál de estas normas predomina en su aplicación, ya que este problema jurídico trasciende las fronteras propias de un determinado Estado.

Esta relación entre ambos derechos trae consigo la necesidad de protección de determinados contenidos por parte del ordenamiento interno; pero, además, demanda de un importante impulso a la adecuada incorporación de las disposiciones de carácter internacional en el Derecho nacional, con lo cual tributa a la aplicación eficaz del Derecho internacional en el interno, para lograr la armonía entre ambos.

En este orden de ideas resulta de interés hacer referencia a principios fundamentales en los cuales se sustentan los TI, catalizadores de la

coherencia necesaria entre ambos ámbitos. En este sentido, se sigue el criterio de Cuba (2011, p. 4). Los tratados se atienen, por excelencia, al principio *pacta sunt servanda*, entendido como el cumplimiento obligatorio de lo pactado. Como señala el Artículo 26 de la Convención de Viena (ONU, 1980): «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» (p. 450).

De lo anterior se desprende que, para llegar a considerar obligatorio un TI, las partes firmantes han recorrido una serie de etapas con predominio del uso del intelecto y la volición; en sí, todo un proceso cognitivo e interpretativo de cada postulado con la acepción que se haya acordado, y que desemboca en una creación de la cual se saben las futuras consecuencias y, por ello, su carácter de obligatoriedad.

Por su parte el principio *bone fide* o de buena fe, también es abordado en el Artículo 26 del convenio (ONU, 1980) al indicar que todo tratado en vigor «[…] debe ser cumplido por [las partes] de buena fe» (p. 450). Tal previsión implica eliminar las intenciones ocultas y contrarias al tratado, y actuar, en todas sus etapas, con la conducta ideal y ética. La Declaración sobre los principios del Derecho internacional de las relaciones de amistad y cooperación entre Estados de 1970 (Instrumentos…, s.p.), considera la buena fe como un principio rector. En ese sentido, el Artículo 2, párrafo segundo, de la Carta de Naciones Unidas (Instrumentos…, s.p.), como uno de los pilares básicos para la realización de los propósitos de la ONU, establece que los Estados miembros cumplirán las obligaciones contraídas por ellos de buena fe.

En síntesis, *pacta sunt servanda* y *bone fide* están universalmente reconocidos. Todo Estado tiene el deber de cumplir las obligaciones dimanadas de los tratados, siempre que hayan sido adoptados de forma equitativa, con base en la igualdad soberana de los Estados. Tales principios no se extienden a los tratados impuestos por la fuerza, que revisten un carácter injusto y contradicen la esencia misma del Derecho internacional público, de ahí que deban ser desprovistos de su protección (D´Estéfano, 1977, p. 106).

El Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ONU, 1980, p. 451) sistematiza la regla general de que los TI debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de este, teniendo en cuenta su contexto, objeto y fin.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

IV. LA NORMATIVA PENAL ACTUAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La conceptualización del modelo económico y social cubano concibe que el Estado garantice el ejercicio y la protección de los derechos y deberes conforme con la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116], los TI en vigor para el país y las leyes, al tiempo que prevé el perfeccionamiento del sistema de disposiciones normativas, enfocado en el reforzamiento de las garantías, tal cual lo refrenda la Carta Magna.

A tono con lo antes expuesto, la reforma legislativa, en tanto norma de desarrollo, introdujo cambios sustanciales en la materia penal, en concordancia con los valores y principios consagrados en la ley suprema. Entre las principales modificaciones, la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251] consignó las siguientes:

• Para estar a tono con los TI se hace una declaración expresa de la prohibición de someter a las personas a desapariciones forzadas, torturas, tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes, y de privar de libertad, fuera de los casos y las formalidades establecidas en la ley.

• Como reforzamiento de los derechos y las garantías consagrados en la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116] y los TI en vigor para el país, se incluye la posibilidad de la nulidad de los actos procesales que ocasionan perjuicio a los intervinientes, debido a que se hayan ejecutado infringiendo estas normativas o las formalidades previstas en la ley procesal, la que puede ser decretada de oficio por la autoridad en cuyo trámite se encuentre el asunto o a instancia de parte.

• Se introducen normas de tratamiento especial para las personas imputadas o acusadas menores de 18 años, con el propósito de reforzar sus garantías y fortalecer la protección que sugiere la CDN (OACNU, 2014, pp. 119-146), razón por la que se incorporaron, como derechos esenciales, la información inmediata de su detención a los padres o representantes legales; la posibilidad de declarar en la fase preparatoria o acudir al acto del juicio oral acompañados por estos; tener asistencia letrada desde la detención o la instructiva de cargos, para los que se encuentran en libertad; y el carácter excepcional de la imposición de la medida cautelar de prisión provisional, entre otros.

• En cuanto al empleo de las técnicas especiales de investigación previstas en los tratados y en la vigente ley, en correspondencia con las garantías constitucionales, se mantuvo la facultad del fiscal para su

aprobación; y se introdujo la facultad del tribunal para conceder prórroga, en caso de ser solicitada, cuando hayan decursado los 60 días que puede autorizar aquel, en principio, como tiempo máximo para su aplicación.

• Se incorporó un título sobre la cooperación penal internacional, con un tratamiento amplio de sus instituciones, conforme a los tratados vigentes.

Por su parte, la LPRPM [GOR-E (12), 2022, pp. 575-715] reflejó las siguientes:

• Sobresale el reforzamiento de los derechos y las garantías del imputado, a tono con lo consagrado en la CRC y los TI, en cuanto al régimen de acceso, comunicabilidad y participación en la fase investigativa, al reconocer su derecho de disponer de asistencia letrada desde el inicio del proceso con la instructiva de cargos, momento en que adquiere la condición de parte, tiene derecho a proponer pruebas y examinar las actuaciones, entre otros, lo que constituye un cambio relevante en cuanto al modo de concebir esa fase en el proceso penal militar.

• A las personas imputadas o acusadas menores de 18 años, se les brinda tratamiento especial con el propósito de ofrecerles garantías y fortalecer su protección, en correspondencia con la CDN (OACNU, 2014, pp. 119-146).

• En cuanto al empleo de las técnicas especiales de investigación, se reiteran las previsiones de la LPRP.

Al propio tiempo, la LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2705-2725] recoge aspectos esenciales de los estándares internacionales contenidos en varios instrumentos de la ONU aceptados por el país, como la DUDH (1948) (Instrumentos…, s.p.); las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1955) (Instrumentos…, s.p.) que devinieron Reglas de Mandela a partir del 2015 (Instrumentos…, s.p.); los Principios y directrices de la ONU sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal (1968) (Instrumentos…, s.p.); la CEDAW (1979) (Instrumentos…, s.p.); la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984) (Instrumentos…, s.p.); la CDN (1989) (OACNU, 2014, pp. 119-146), las Reglas mínimas de la ONU sobre las sanciones no privativas de libertad (Reglas de Tokio, 1990) (Instrumentos…, s.p.); el Manual sobre reclusos con necesidades especiales (2009) (Instrumentos…, s.p.); las Reglas mínimas de la ONU para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok, 2010) (Instrumentos…, s.p.).

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

El nuevo CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2 557-2 696], a tono con la participación del Estado y el Gobierno en mecanismos internacionales, atemperó su contenido a tales instrumentos jurídicos, con las precisiones siguientes: El tratamiento penal a personas menores, entre 16 y 18 años de edad, se armonizó con la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251]. Reformuló el ámbito de aplicación territorial de la ley penal, adecuándolo, en lo pertinente, al contenido de los TI vigentes en el país: Convención sobre los derechos del mar (1982) (Instrumentos…, s.p.), Convenio de Tokio de 1963 (Instrumentos…, s.p.), Convenio de La Haya de 1970 (Instrumentos…, s.p.) y Convenio de Montreal de 1971) (Instrumentos…, s.p.), y agregó el espectro radioeléctrico, que forma parte del territorio nacional.

Derivado del derecho soberano del Estado cubano a regular el uso y los beneficios de las telecomunicaciones en su territorio, conforme a la práctica universal y los compromisos internacionales dimanantes del Convenio, constitución y reglamento de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones, y a condenar la utilización ilícita del ciberespacio y el espectro radioeléctrico, entre otros fines, para subvertir el orden y desestabilizar la nación, introdujo las siguientes modificaciones:

- La creación de la familia de los delitos relacionados con las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación, y sus servicios.

- La adición, como circunstancia agravante de la responsabilidad penal, que el hecho se cometa empleando estas tecnologías y sus redes con el propósito de agravar las consecuencias del delito o cuando el sujeto pudo haberlo previsto.

- La integración de lo prescrito en los TI en vigor, a las siguientes instituciones, definiciones y figuras delictivas:

a) Conforme se regula en las Reglas de Tokio (1990) (Instrumentos…, s.p.), concedió un carácter alternativo (entidad propia e independencia) a las actuales sanciones subsidiarias a la de privación de libertad, lo que permite la adopción de decisiones más proporcionales y racionales, cuando sea necesaria su revocación a partir del incumplimiento, sin ir directamente a la privativa de libertad; además de introducir nuevas penas alternativas (servicio en beneficio de la comunidad y reclusión domiciliaria).

b) Atemperó los conceptos legales de *funcionario* y *empleado público*, *autoridad* y sus agentes, que permite sancionar penalmente las acciones de corrupción administrativa, económica o de otra índole, que se cometen por los representantes o empleados de las formas económicas no estatales, entidades extranjeras u organizaciones internacionales

públicas, en ocasión de prestar un servicio público o al relacionarse con el Estado u otros entes económicos de tipo similar a aquel que representan; conforme a lo previsto en la Convención internacional contra la corrupción (Instrumentos…, s.p.).

c) Rediseñó la sanción accesoria de privación o suspensión de derechos paterno-filiares y de tutela, acorde con el nuevo CFS y las convenciones de la ONU sobre los derechos del niño (OACNU, 2014, pp. 119-146) y las personas con discapacidad (OACNU, 2014, pp. 271-316).

d) Reforzó la respuesta penal para el delito de cohecho, incorporando la posibilidad de que se cometa utilizando a otra persona para la realización del ofrecimiento, promesa o entrega de la dádiva, presente, ventaja o beneficio para el funcionario o empleado público o un tercero (Convención internacional contra la corrupción) (Instrumentos…, s.p.).

e) Incrementó la protección a testigos, víctimas y peritos en el delito de atentado, y amplió esa esfera de protección a sus familiares, cónyuge o pareja de hecho y otras personas allegadas (Convenciones internacionales contra la corrupción, y contra la delincuencia organizada transnacional) (Instrumentos…, s.p.).

f) Atemperó las diferentes figuras delictivas relacionadas con las drogas ilícitas u otras sustancias de efectos similares, a los elementos descritos en las convenciones de Viena y sus sucesivos protocolos adicionales, relacionados con el derecho de los tratados entre los Estados y organizaciones internacionales o entre estas (1980) (Instrumentos…, s.p.).

g) Adecuó el delito de asociación para delinquir a la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (Instrumentos…, s.p.).

h) Incorporó como nuevas figuras delictivas los crímenes de agresión, tortura, tráfico de órganos humanos, desaparición forzosa y trabajo forzoso u obligatorio (Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos (Instrumentos…, s.p.), Convención internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Instrumentos…, s.p.), Convenio 29 de 1930, de la OIT (ILSE, s.p.), y los delitos contra el derecho internacional humanitario.

i) Reformuló los tipos penales de tráfico de personas, trata de personas, venta y tráfico de menores y privación ilegal de libertad, agravando los marcos sancionadores cuando el hecho sea cometido por un funcionario público (Convenciones de la ONU para la represión del tráfico de personas, 1949) (Instrumentos…, s.p.).

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

j) Conformó la familia de los delitos contra el medio ambiente y el ordenamiento territorial, para sancionar las acciones de mayor gravedad y lesividad a este bien jurídico, entre las que se encuentran: contaminación de las aguas, la atmósfera y los suelos; depredación de la flora y la fauna especialmente protegida, silvestre o de interés económico; y los actos ilícitos relativos al ordenamiento territorial. Penaliza a quien realice una construcción no autorizable, en un lugar que tenga reconocido un valor natural, paisajístico, ecológico, patrimonial, económico o cultural, o se considere de especial protección (Recomendaciones del GAFI) (Instrumentos…, s.p.).

k) Incorporó un título con los delitos que atentan contra los derechos derivados de la propiedad intelectual. Distinguió los que afectan la creación artística y literaria de los relativos a la propiedad industrial [Acuerdos de comercio para la propiedad industrial (Instrumentos…, s.p.), y recomendaciones del GAFI (Instrumentos…, s.p.)].

l) Introdujo lo establecido en el Artículo 7.1 de la Ley No. 93 de 2001 [GORE (14), pp. 65-70], Contra actos de terrorismo, y el 22 de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (Instrumentos…, s.p.), apreciando las sanciones aplicadas por tribunales de otros países, con carácter facultativo, como antecedentes penales a extranjeros y personas sin ciudadanía sujetos a la jurisdicción cubana.

m) Reafirmó, la voluntad política y estatal de mantener la pena de muerte (sanción de muerte), reduciendo su posible aplicación a 14 delitos contra la seguridad del Estado, 9 de terrorismo, tráfico internacional de drogas y asesinato y, en correspondencia con lo sugerido en los TI, suprimirla en los tipos penales comunes de agresión sexual (actualmente, violación y pederastia con violencia), corrupción de menores y robo con violencia o intimidación en las personas. A los marcos penales de dichos delitos, añadió la privación perpetua de libertad, en los casos que no la tienen prevista en la actualidad.

n) Readecuó las medidas de seguridad postdelictivas de carácter terapéutico y de refuerzo, recogidas en la LPRP, ajustándolas a los estándares técnicos y terminológicos de las ciencias médicas, jurídico-penales y criminológicas, y a lo previsto en los TI en vigor para Cuba (CIDPD) (OACNU, 2014, pp. 271-316).

Tales legislaciones reflejan la coherencia común de su articulado con el contenido de la Carta Magna en materia de TI, en concordancia con la jerarquía normativa antes aludida, con significativo impacto en los

derechos y las garantías esenciales de las personas vinculadas a los procesos penales, lo que otorga la notoriedad demandada de este asunto; y, a su vez, exige mayor preparación y argumentación de las decisiones judiciales por parte de los jueces, en tanto el perfeccionamiento de la impartición de justicia requiere que, en los procesos tramitados en sede judicial de los tribunales militares, se ejerza el necesario control de convencionalidad y constitucionalidad relativo al cumplimiento de dichos convenios, como garantía del respeto a la dignidad humana, que además de ser expresión del valor supremo refrendado en el Artículo 40 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 79], resulta coincidente con los principios que informan el debido proceso.

V. CONCLUSIONES

La reforma legislativa desarrollada en el país, a partir de la promulgación de la CRC, significó un salto cualitativo en materia de TI, al establecer pautas sin precedentes en la historia del constitucionalismo cubano.

Sin embargo, se identifican limitaciones normativas en su contenido que requieren de solución, como garantía de la necesaria coherencia entre el Derecho interno y el externo.

Tales limitaciones impactan en la aplicación efectiva de los postulados establecidos en los convenios, integrados al desarrollo normativo en materia penal.

Los tribunales de justicia y, particularmente, los militares deben interpretar y aplicar los TI conforme a los principios recogidos en la Convención sobre el Derecho de los tratados, aspecto que permitiría garantizar, además de su cumplimiento, una adecuada argumentación de las decisiones adoptadas, como expresión de un verdadero debido proceso, a tono, entre otros, con los principios de legalidad, TJE y seguridad jurídica que lo informan.

VI. REFERENCIAS

Acuerdos de Comercio para la Propiedad Industrial-ACPI. (1995). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Carta de Naciones Unidas. (1948). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Constitución de Guáimaro de 1869. En Torres-Cuevas, E. y Suárez Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones*. *Constituciones, estatutos y leyes constitucionales de Cuba entre 1812 y 1936*, (t. 1), 183-191. Imagen Contemporánea.

Constitución de Baraguá de 1878. En Torres-Cuevas, E. y Suárez Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones*. *Constituciones, estatutos y leyes constitucionales de Cuba entre 1812 y 1936*, (t. 1), 195. Imagen Contemporánea.

Constitución de Jimaguayú de 1895. En Torres-Cuevas, E. y Suárez Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones*. *Constituciones, estatutos y leyes constitucionales de Cuba entre 1812 y 1936*, (t. 1), 199-213. Imagen Contemporánea.

Constitución de la Yaya de 1897. En Torres-Cuevas, E. y Suárez Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones*. *Constituciones, estatutos y leyes constitucionales de Cuba entre 1812 y 1936*, (t. 1), 217-241. Imagen Contemporánea.

Constitución de 1901. En Torres Cuevas, E. y Suárez-Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones. Constituciones, estatutos y leyes constitucionales en Cuba entre 1940 y 2012*, (t. 2), 264-382. Imagen Contemporánea.

Constitución de 1940. En Torres Cuevas, E. y Suárez-Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones. Constituciones, estatutos y leyes constitucionales en Cuba entre 1940 y 2012*, (t. 2), 455-763 Imagen Contemporánea.

Constitución de 1976. En Torres Cuevas, E. y Suárez-Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones. Constituciones, estatutos y leyes constitucionales en Cuba entre 1940 y 2012*, (t. 2), 933-950. Imagen Contemporánea.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1979). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados y sus sucesivos protocolos adicionales. (1980). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://legal.un.org

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (1984). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo. En OACNU. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 271-316.

Convención internacional sobre los derechos del niño. En Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 119-146.

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. (2004). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Convención sobre los derechos del mar. (1982). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Convenio para la represión del tráfico de personas. (1949). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Convenio de Tokio. (1963). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Convenio de La Haya. (1970). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Convenio de Montreal. (1971). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Convenio 29 de la OIT. (1930). ILSE. https://www.ilo.org

Cuba Yaranga, J. (2011). Tratados internacionales y Derecho peruano interno. *Programa Derecho Internacional, publicado por el Centro Argentino de Estudios Internacionales* (69). Working Papers. https://www.files.ethz.ch

D´Estéfano, M. (1977). *Esquemas del Derecho internacional p*úblico (t. 1). Pueblo y Educación.

Declaración sobre los principios del Derecho internacional de las relaciones de amistad y cooperación entre Estados (1970).

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Declaración Universal de derechos humanos. (1948). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Decreto-Ley No. 191. (Marzo 12, 1999). GOR-O (12), 193-197.

Infiesta, R. (1942). *Historia constitucional de Cuba*. Selecta.

Ley Fundamental, de 7 de febrero de 1959. En Torres Cuevas, E. y Suárez-Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones. Constituciones, estatutos y leyes constitucionales en Cuba entre 1940 y 2012* (t. 2), 109-127. Imagen Contemporánea.

Ley No. 93, Contra actos de terrorismo. (Diciembre 24, 2001). GOR-E (14), 65-70.

Ley No. 140, De los tribunales de justicia. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (137), 3929-3975.

Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

Ley No. 146, De los tribunales militares. (Febrero 1.º, 2022). GOR-E (11), 541-574.

Ley No. 147, Del proceso penal militar. (Febrero 1.º, 2022). GOR-E (12), 575-715.

Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.

Ley No. 152, Ley de ejecución penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (94), 2697-2738.

Manual sobre reclusos con necesidades especiales. (2009). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Miranda Bravo, O. (2006). *Derecho de tratados en temas de Derecho internacional público*. Félix Varela.

Pacto Internacional sobre los derechos civiles y políticos. (1966). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal. (1968). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional. (1996). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. (1955). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las sanciones no privativas de libertad (Reglas de Tokio). (1990). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). (2010). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Agosto 24, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

UN RÉGIMEN CAUTELAR PARA LAS PERSONAS Y LAS FAMILIAS

A PRECAUTIONARY REGIME FOR PERSONS AND FAMILIES

Dra. Ivonne Pérez Gutiérrez

Profesora titular de Derecho procesal, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana; abogada consultante, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, Cuba

Código ORCID: 0000-0002-9100-6736.

ivonnepgut@gmail.com

Resumen

El Código de procesos ofrece una mirada renovada a la tutela cautelar, como variante de la tutela judicial efectiva a que convoca la Constitución de la República. Uniforma las diversas normativas existentes y establece pautas procedimentales para el otorgamiento de medidas cautelares propias para la salvaguardia de las personas y las familias, a partir de los principios de instrumentalidad, jurisdiccionalidad, provisionalidad, variabilidad, homogeneidad y dictado *inaudita altera pars*. Además, los presupuestos *fumus boni iuris, periculum in mora* y contracautela resultan de ineludible observancia y las distinguen de instituciones afines, como la tutela anticipada y las medidas autosatisfactivas. Los procesos civiles y familiares cuentan ahora con mayores posibilidades de efectividad del pronunciamiento judicial, para proteger con prontitud no solo los bienes, sino también a las familias y las personas que las integran; particularmente, las niñas, los niños y adolescentes, y otras personas en situación de vulnerabilidad. Desde la práctica y la doctrina, se precisan algunas cuestiones para la disposición judicial de las medidas cautelares, de oficio o a instancia de parte.

Palabras clave: Tutela cautelar; diligencias; personas; familias.

Abstract

The Process Code offers a renewed look at precautionary protection, as a variant of the effective judicial protection called for by the Constitution. It uniforms the various existing regulations and establishes procedural guidelines for the granting of precautionary measures for the safeguarding of individuals and families, based on the principles of instrumentality, jurisdictionality, provisionality, variability, homogeneity and dictate without knowledge of the counterparty. Furthermore, the presuppositions of good law appearance, danger in delay and against caution are unavoidable to be observed and distinguish them from similar institutions, such as advance guardianship and self-satisfying measures. Civil and family processes now have greater possibilities of effective judicial pronouncement, to promptly protect not only the assets, but also the families and people who make them up; particularly, girls, boys, adolescents and other people in vulnerable situations. From practice and doctrine, some issues are required for judicial disposition of precautionary protection, ex officio or at the request of a party.

Keywords: *Precautionary protection; errands; people; families.*

Sumario

I. Introducción; II. Diligencias preliminares; III. Medidas precautorias; 3.1. Protección de los bienes; 3.2. Salvaguarda de las personas y las familias; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría del régimen cautelar, contrario a lo que sucede internacionalmente, ha sido poco estudiada en Cuba y esta carencia doctrinal tiene reflejo en las normativas predecesoras del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069]. Así, la Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral de 1977 contiene pronunciamientos dispersos —a los cuales se les reconoce una función asegurativa—, tales como las disposiciones provisionales del divorcio, el embargo salarial por alimentos, los actos preparatorios del proceso de conocimiento, la controvertida facultad concedida al juez por el Artículo 40, las diligencias previas para el proceso sucesorio, la paralización de obra nueva, la entrega en posesión de

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

los bienes objeto de expropiación y la suspensión del acto objeto del proceso contencioso-administrativo, entre otras que pudieran existir.

El Decreto-Ley No. 241 de 2006 [GOR-E (33), pp. 325-334] realiza una importante adición a la norma adjetiva, en el orden de un proceso económico regido por los principios de oralidad, concentración e inmediación, estructurado por audiencias con función conciliadora y saneadora, y con explícitas regulaciones precautorias. Sus previsiones produjeron una falta de concordia legislativa, debido a la aparición de un modelo procesal «advenedizo» que supera al tradicional y, sin embargo, no soluciona muchos de los dilemas heredados de la primigenia legislación. Sucedió, entonces, una supletoriedad inversa, en el entendido de que el proceso económico remitía al ordinario civil, pero este no tenía más alternativa que, ante sus propias carencias, acudir a aquel para encontrar el asidero cautelar.

Con estos antecedentes, desde los congresos de Derecho procesal y con el concurso de académicos y operadores del Derecho, se comienza a trabajar en la difusión de la herramienta cautelar, como elemento de la tutela judicial efectiva, y en la necesidad de robustecer la parte general de la norma, en lo referido a las formas de aseguramiento, de cara al cumplimiento del postulado constitucional de un debido proceso. Estos empeños encuentran respuesta con el CPR, que propone un esquema unificador de los actos preparatorios, las medidas cautelares, las provisionales y las diligencias preventivas del ámbito sucesorio, al ubicarlos en un único título denominado «Diligencias preliminares y medidas cautelares», con la introducción de atisbos de medidas autosatisfactivas y tutelas urgentes.

Desde la exposición de motivos, se declaran las bases de la regulación: estipulación de las MC y DP para asegurar o preparar el proceso, posibilidad de adoptarlas de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado de la tramitación y de disponerlas directamente, cuando la urgencia del asunto lo requiera. Luego, se desarrollan estos postulados en el Título V que, con 69 artículos, dedica el primer capítulo a las DP y el segundo, a las MC. Este se estructura, a su vez, en cuatro secciones: disposiciones generales; MC relativas a bienes; embargo de buque, embarcación o artefacto naval; y MC relativas a las personas y las familias.

El joven Código [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] constituye una norma novedosa, ajustada a las tendencias de la doctrina contemporánea,

la realidad cubana actual y, sobre todo, atemperada al texto constitucional, en clave de garantías procesales. Sin embargo, la entrada en vigor del CFS [GOR-O (99), 2022, pp. 2893-2995] y su impacto en los procesos destinados a proteger a las personas y las familias, han obligado a «mirar» más agudamente la ley adjetiva, para apreciar que persisten deficiencias que traen causa de la LPCALE (Mantecón, 2015, pp. 1-210), la práctica jurisdiccional precedente y el desconocimiento de la institución que, si bien no impiden su cometido, pueden obstaculizarlo.

A partir de lo expresado, se establece el siguiente problema científico: La insuficiencia teórica y práctica, en lo atinente a las potencialidades de las medidas cautelares para proteger los derechos y los bienes de las personas y las familias, dificulta la adopción de estas precauciones y la efectividad de la tutela judicial.

La respuesta al problema pudiera hallarse en la idea de que el régimen cautelar establecido en el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] se sostiene en premisas teóricas generales, concernientes a sus caracteres y presupuestos, y pautas concretas, relativas a la realización del proceso, que se resumen en el respeto del derecho a la defensa, las garantías del debido proceso y la utilización oficiosa, para una efectiva tutela de la justicia.

En función del problema de investigación, se propone como objetivo general: Fundamentar los presupuestos teóricos y prácticos que tributan al perfeccionamiento del régimen cautelar en los procesos civil y familiar cubanos, en aras de que prevalezca la tutela efectiva de los derechos.

II. DILIGENCIAS PRELIMINARES

Las diligencias preliminares cumplen el cometido de «preparar» el proceso, lo cual se traduce en la realización de actuaciones previas a la presentación de la demanda, para que el íter cuente con los elementos formales necesarios para su buen curso. Por ello, el Artículo 221 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4010] ofrece un listado de los posibles pedidos:

• Aspectos relativos a la identidad, capacidad, representación o posible legitimación de la persona contra la que se dirigirá la demanda. Apréciese el énfasis del legislador en cuanto a la cualidad de «posible» de la legitimación, pues se trata de una cuestión de fondo, alegable como excepción material y soluble en la sentencia; por tanto, no se puede

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

dejar sentada desde el momento previo a la existencia del proceso. Sin embargo, lo cierto es que, en determinados casos, resulta imposible interponer la demanda si no se conoce, con exactitud, contra quién dirigirla, como suele suceder —por ejemplo— en las impugnaciones de testamento, regulación que favorece la concepción de un proceso con la diligencia debida, por cuanto, a tono con la normativa precedente y su interpretación por el Alto Foro, era obligado interponer la demanda sin la certeza del instituido como heredero testamentario.

• Cualquier diligencia de prueba anticipada, cuya fuente corra riesgo de perderse o que pueda resultar de imposible práctica en el momento procesal correspondiente. En este rubro se agrupa la mayoría de las previsiones del Artículo 216 de la LPCALE (Mantecón, 2015, p. 54), en cuanto a los actos preparatorios, en el entendido de la declaración de parte —antigua confesión—, el reconocimiento judicial o dictamen pericial de las cosas que han de ser objeto del proceso y puedan desaparecer, o se encuentren en estado de grave deterioro, y la declaración de testigos de edad muy avanzada, gravemente enfermos o próximos a ausentarse del país, que pueda influir de forma importante en la decisión de aquel. Por su importancia, se le dedica un epígrafe.

• La exhibición y el inventario de bienes muebles o documentos que resulten imprescindibles para justificar la demanda. (La redacción primigenia del precepto hace referencia a «justificar el derecho alegado en posterior demanda», pero, con mejor técnica, se alude al todo y no solo al futuro derecho invocado). El CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 4010] establece la regla de mantener la posesión del bien en quien la detenta en el momento del acto y la relaciona con las medidas cautelares de depósito y secuestro, vía por la cual puede producirse una modificación a dicho estado de hecho.

• Cualquier otra diligencia sin cuya práctica urgente se pudiera originar un perjuicio cierto al que la interese o que resulte indispensable para el ejercicio de la acción. La preceptiva «saco» o de cierre favorece la creatividad y constituye una muestra de cómo evitar los casuismos que obstaculizan la interpretación y aplicación de la norma, pues cada asunto puede requerir de una preparación diferente. Algunos ejemplos pueden ser: títulos de propiedad, actos de última voluntad del causante o legados, historias clínicas u obtención de información imprescindible, como datos contables, documentos bancarios, telefónicos, contratos o infracciones de propiedad intelectual, entre otros.

Para todos los supuestos, se establece un único procedimiento a seguir, con especificaciones de rigor, relativas a los requisitos del escrito de solicitud, tribunal competente (el que lo es para el proceso), resolución sin audiencia, plazo para interponer la demanda (20 días, a partir de la realización de la diligencia) y efectos de la no interposición de aquella. Aunque se sabe —una aclaración también válida para las MC previas—: No accionar en el plazo de ley deja sin efecto la diligencia practicada, pero no desautoriza el derecho a reclamar.

La LPCALE (Mantecón, 2015, pp. 1-210) concebía el aseguramiento de medios probatorios dentro del catálogo cautelar, como figura distinta a los actos preparatorios, cuando su esencia es la misma: practicar pruebas en un momento procesal diferente al que le corresponde en el íter, cuestión que subsana el CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4010], pues ciertamente no son en puridad disposiciones precautorias, sino supuestos de materialización del derecho a la prueba, en los que se produce una inversión de la lógica procesal: se prueba antes de formular alegaciones fácticas. Como afirma Mantecón (2010), en la praxis forense, «se hace visible una cierta desviación del sentido de los actos preparatorios. Estos tienden a solicitarse con intenciones cautelares» (p. 75), afirmación que sirve de apoyatura al planteamiento anterior en cuanto a la conexión entre MC y DP. Luego, el autor apunta:

> El amplio espectro de este planteamiento [se refiere al Artículo 216 de la LPCALE] rinde efectos positivos en el proceso porque, de alguna manera, el precepto da cobertura a cuantas acciones probatorias hubiere necesidad de adelantar. Sin embargo, la Ley adolece de un vacío en materia de anticipación de la prueba, en el sentido de que una vez que ha comenzado el proceso, no hay manera de salvaguardar la integridad de una fuente cuando su posible afectación sobrevenga a la presentación de la demanda (2010, pp. 75-76).

El CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4010] regula, con cuerpo propio, la anticipación de la prueba y, aunque puede cuestionarse su ubicación en el ámbito de las DP y no en el título dedicado a la prueba, al menos ya se cuenta con una concepción más acabada que facilite su utilización y los criterios de valoración del resultado alcanzado. El anticipo de prueba puede solicitarse una vez iniciado el proceso y antes del período probatorio porque el adelantamiento radica, precisamente, en «mover» la práctica para un momento anterior al que le corresponde en el decurso

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

habitual del proceso. La norma establece los criterios a seguir: Sin cuya práctica urgente se pudiera originar un perjuicio cierto a quien la interese (prueba que puede «perderse») o que resulte indispensable para el ejercicio de la acción.

El escrito de solicitud debe ser bien fundado, en tanto adelantar la práctica significa una vulneración al principio de igualdad, pues la parte contraria no cuenta con todos los elementos para impugnarla o repreguntar, según el caso. Así, se trata de una situación excepcional, asentada en la eficacia del proceso. Al decir de Mantecón (2010):

> […] aquí la técnica procesal privilegia o coloca el valor eficacia por delante de otros valores […] y ello resulta así porque cuando se admite que se violente la temporalidad del litigio, anteponiéndose actos de averiguación a los de alegaciones, se persigue un ideal de eficacia frente al cual cede terreno el criterio de igualdad, aun cuando se trate de rodear de garantías las diligencias de pruebas adelantadas […]. No puede desconocerse que, si el proceso es ordenado y es científico, lo es, entre otras razones, porque coloca las diligencias de averiguación en un espacio y en un momento en que el litigio está maduro para acogerlas y no antes. (p. 77)

III. MEDIDAS PRECAUTORIAS

Hasta la entrada en vigor del CPR coexistieron diferentes regulaciones con disímiles procedimientos y con medidas dirigidas, en lo fundamental, a una protección patrimonial. Ahora se logra un tratamiento uniforme del régimen cautelar con una nítida identificación de las posibles disposiciones precautorias y con sus requerimientos, procedimiento y efectos. Como ha afirmado la autora con anterioridad:

> Constituye su fundamento la necesidad de garantizar al solicitante, de manera pronta y provisoria, los derechos que eventualmente puedan reconocérsele en la sentencia, para que no resulten ilusorios, en el entendido de que se busca su cumplimiento pleno y específico; pero, también, funciona como mecanismo conminatorio, puesto que «en ocasiones» la simple proposición o adopción de la medida compulsa al destinatario al cumplimiento de la obligación y, en consecuencia, a la evitación de litis. (Pérez, 2012, pp. 19-20)

A este cometido tributan las MC previas que son una especie de DP, con procedimiento y requisitos propios.

Es cierto que un proceso puede transcurrir sin MC, pero también lo es que, si se adoptan, hay mayores posibilidades de protección frente a posibles vulneraciones o como paliativo a las existentes. Si, por demás, se disponen antes de la interposición de la demanda, puede alcanzarse lo querido sin necesidad del proceso. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito contractual, cuando, en razón del embargo, se paraliza la actividad de determinado sujeto, lo cual le obliga a renegociar la deuda y buscar fórmulas de pago; también, con las órdenes de alejamiento, en los casos de violencia, y la suspensión o abstención de conducta en cuanto a la propiedad intelectual. De ahí su reconocimiento como «valiosa herramienta procesal», que tributa a la seguridad jurídica y a la justicia (Pérez, 2012, pp. 25-27).

En cuanto a los presupuestos y principios de las MC, expresados como requisitos, el CPR los enuncia en el primer artículo del capítulo II —232.1 [GOR-O (138), 2021, p. 4011]: «[…] cuando concurran circunstancias, debidamente acreditadas, que evidencien el riesgo de daño irreparable […]». Los principios que el legislador tiene en cuenta en el momento de diseñar una institución y positivizarlos son considerados como presupuestos; en efecto, se trata de requisitos de procedibilidad o elementos técnicos jurídicos, sin cuya presencia un pedido concreto no puede ser escuchado por el órgano jurisdiccional.

Con ello, se ofrece reconocimiento normativo a los clásicos *fumus boni iuris* (verosimilitud del derecho alegado) y *periculum in mora* (peligro en la demora), de arraigado asiento doctrinal; sin embargo, la redacción del precepto genera duda, pues el procedimiento asegurativo no se caracteriza por una amplia *cognitio* y la práctica de pruebas, las que corresponden al proceso en pleno y a la convicción del juzgador en cuanto al fondo del asunto. La mención expresa a la apariencia de buen derecho —Artículo 243.2 [GOR-O (138), 2021, p. 4012]— aparece en clave de contracautela, unida a la insuficiencia de medios económicos.

La importancia de tener claridad sobre tales presupuestos radica en que estos constituyen los elementos a narrar como fundamentación de cualquier pedido cautelar. En el orden práctico, la solicitud puede hacerse en un escrito separado o en la demanda, mediante «otrosí», siempre con una fundamentación razonada, en atención a los presupuestos y requisitos señalados. Cuando se solicita en la demanda y con

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

independencia de su colocación en otrosí, siempre se recomienda hacer un llamado de atención a la Sala desde el segundo párrafo, tras el tradicional «que vengo por medio del presente escrito [...]» y antes de anunciar el tipo procesal, en aras de evitar un olvido involuntario de la judicatura sobre el pedido cautelar. Si la MC se adopta de forma previa al proceso, debe interesarse en la demanda su permanencia, modificación o extinción.

— *Otros principios relativos a las MC*

• *Universalidad de aplicación*: Pueden adoptarse en cualquier estado del proceso y en todos los tipos procesales, incluso en los expedientes de jurisdicción voluntaria, en trámite de ejecución del pronunciamiento de mérito y en cuanto a proceso posterior vinculado al principal —como suele suceder en los procesos sucesorios, de reconocimiento de unión de hecho afectiva y divorcio, entre otros, que derivan hacia un proceso de poca expectativa, si previamente no se aseguran los bienes objeto de la litis—; también se fija su posible adopción en casación, aunque con sesgo de excepcionalidad, con toda lógica, dado el fin examinador del derecho aplicado que caracteriza a este recurso —artículos 232.2, 234, 235, 245, 246.2 y 456 [GOR-O (138), 2021, pp. 4011, 4012, 4014].

• *A instancia de parte*: Se disponen por solicitud de quienes tengan interés, salvo en los asuntos que, «por su naturaleza», favorezcan la disposición oficiosa del tribunal. La solicitud de parte recae, tradicionalmente, en el actor, original o reconvencional, pero esta formulación general involucra al destinatario que cuenta, en la materia familiar, con la expresa posibilidad de hacerlo —Artículo 285 [GOR-O (138), 2021, p. 4018]. Por su parte, el fiscal puede formular tal pedido, con independencia de la posición que ocupe —Artículo 234.1 y 2 [GOR-O (138), 2021, p. 4011].

• *Tramitación en pieza separada*, para no afectar o paralizar el curso del proceso —Artículo 234.3 [GOR-O (138), 2021, p. 4011]. La MC tiene una naturaleza incidental y prescindible en el íter, lo cual favorece su solución separada del proceso.

• *Instrumentalidad*: La competencia para la sustanciación de la MC es de paradigma funcional, en relación con la del proceso «principal», principio que se considera de excepcional transgresión ante la necesidad de adopción de la medida, en virtud de la urgencia insoslayable. El CPR ofrece solución al conflicto competencia-urgencia, en tanto prevé que aquella pueda ser dispuesta por el tribunal más cercano al lugar

donde deba ejecutarse la medida; en este caso, cuando se inicie el proceso, el órgano competente reclama las actuaciones —Artículo 233.2 [GOR-O (138), 2021, p. 4011].

• *Temporalidad*: La MC se mantiene hasta tanto se logre el cumplimiento de la resolución judicial definitiva —Artículo 245 [GOR-O (138), 2021, p. 4012].

• *Provisionalidad*: Una vez dispuesta, puede ser sustituida, modificada o revocada, a instancia de parte o interviniente, siempre que se produzca un cambio en las circunstancias que originaron su adopción (246).

• *Supervivencia*: En correspondencia con el criterio de temporalidad, lo habitual es que la medida subsista hasta el dictado de la sentencia definitiva y que ya en ejecución no sea necesaria la disposición de una nueva; pero el legislador no quiso dejar desprovisto de protección al justiciable en esta etapa y, por eso, las instituye en el trámite de ejecución (si se insta en 10 días, a partir de la firmeza) o en relación con un segundo proceso (demanda en 20 días). En el caso del embargo por pensión alimenticia, la MC se mantiene, aunque no se inste la ejecución en este último plazo.

• *Proporcionalidad*: La MC «[…] se presenta como un parámetro de sentido común o comedimiento, para evitar que este interinato sea más gravoso que lo que se dispondrá en la resolución estimatoria definitiva […]» (Mendoza, 2007, p. 6). En ese orden, el tribunal valora la correspondencia entre el pedido cautelar, la pretensión y la finalidad del proceso, así como la lesividad para el destinatario. Por ello, se puede adecuar lo pedido con una medida o varias, y disponer una menos gravosa que la solicitada *ex parte* —Artículo 242.1 y 2, [GOR-O (138), 2021, p. 4012].

La MC autosatisfactiva constituye una institución con fundamento en una verosimilitud calificada, es decir, signada por una fuerte probabilidad de que se atienda el derecho material alegado, este se agota con el despacho favorable de la medida, que lo satisface por sí misma —de ahí su denominación— las necesidades del requirente, a quien no le es menester promover, concomitante o posteriormente, otra acción para conservar los efectos prácticos obtenidos con aquella.

En tal sentido, se requiere un «plus de atendibilidad», en el entendido de que el derecho se presenta de una forma evidente y, con ello, lo ineludible de brindar protección expedita. No basta con la simple apariencia o verosimilitud de aquel, típica de las medidas cautelares,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

sino que se requiere de una «fuerte probabilidad» cercana a la certeza. Por su parte, el factor *urgencia* alcanza una virtualidad diferente, conocida como *pura o intrínseca*, y distinguible de la *funcional*, propia de las precauciones. De tal suerte que la adopción de una MC no se encuentra determinada por la premura *per se* de la situación, sino por las consecuencias que pueda generar respecto al pronunciamiento de fondo. En cambio, las autosatisfactivas están dirigidas a evitar un grave perjuicio, de cuya ocurrencia existe una fuerte probabilidad; en definitiva, no pretenden asegurar la consecución de la sentencia ni cautelar su ulterior desenlace, sino cumplir *incontinenti* su cometido (Pérez, 2012, pp. 95-96).

Supuestos típicos de estas medidas pueden ser las asignaciones provisionales de guarda, los tratamientos psicológicos con dinámicas familiares, las órdenes de restricción (prohibición de acercarse a…) y los pedidos de ajustes razonables —la Instrucción No. 278, de 20 de enero de 2023, en su instruyo vigésimo primero, establece el conocimiento de las solicitudes de ajustes razonables por el cauce ordinario y ello no excluye la posibilidad de pedido cautelar, por ser este de aplicación a todos los tipos procesales [GOR-E (11), 2023, pp. 35-42]. Si con su adopción y cumplimiento se logra lo pretendido, no se requiere de un futuro proceso para validar el pronunciamiento judicial; sin embargo, la previsión normativa genera algunas inquietudes:

1) ¿La medida se adopta *inaudita altera pars*? Sí, pues, aunque la disposición de medidas relativas a la protección de las personas sigue la regla de la celebración de audiencia, estos supuestos necesitan de protección urgente y, por tanto, no se puede esperar el contradictorio o aspirar a un acuerdo.

2) ¿Cómo se verifica la falta de oposición? En criterio propio, desde que se formula el pedido se debe precisar el interés por el mantenimiento de la medida, y la falta de oposición puede asumirse ante la no impugnación de esta.

3) ¿Hay que esperar a los 20 días para su vocación definitiva? No necesariamente, una vez notificada y no impugnada en el plazo de la ley, la medida se entiende ejecutada.

Por otra parte, pueden adoptarse decisiones anticipadas sobre el fondo del asunto cuando exista un riesgo de daño irreparable, a reserva de lo que se disponga en la resolución que ponga fin al proceso —Artículo 241, CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4012]. Considerada como una expan-

sión o ensanchamiento de los contornos originarios de lo cautelar, su *nomen iuris* varía de un contexto a otro: Anticipación de tutela en el ordenamiento brasileño, no exhaustiva en el venezolano, anticipatoria en el argentino... Diferentes denominaciones, un mismo fin: Permitir que el juzgador reconozca materialmente la totalidad de la pretensión del actor o parte de ella, producto de una verosimilitud en el derecho invocado, por encontrar en el demandado una inconducta procesal, expresada en un manifiesto propósito dilatorio o en un abuso del derecho de defensa. Así, Berizonce (2003) la considera

> una técnica de simplificación que enraiza en la teoría de la protección cautelar y se proyecta como una modalidad de la cognición abreviada [...], y aun de los denominados procesos urgentes, que pretende atender bajo determinadas condiciones la perentoriedad de ciertas pretensiones [y signa el concepto de anticipación como la] coincidencia, total o parcial, con lo pretendido en la demanda, vale decir: identidad objetiva. (p. 35)

De los Santos (1999), conteste con Rivas, sostiene que, en las tutelas anticipadas, el conocimiento judicial para decretarlas no es en grado de apariencia —a manera de las cautelares típicas— ni en grado de certeza, como sucede en la sentencia definitiva, sino en un estadio intermedio de conocimiento que se ha dado en llamar «certeza provisional». No obstante, como caracteres comunes entre ambas figuras, identifica: la instrumentalidad, la no producción del efecto de cosa juzgada material, que no causan instancia y su acogimiento no configura prejuzgamiento, son de ejecutabilidad inmediata y revisten carácter urgente (p. 74).

Se trata de una auténtica sanción procesal, pues se reprime directamente el actuar antijurídico que el demandado puede mostrar durante el desarrollo del proceso. Con esta figura, el tribunal está facultado para dictar sentencia ante dos situaciones: Cuando observe que el demandado haya caído en rebeldía con marcado desinterés por el proceso y cuando se aprecie que no hay mayor elemento probatorio por dilucidar para la resolución del conflicto; de ahí que, en este instituto, se advierta una inversión de la lógica procesal, en la medida en que se confiere, desde un inicio, aquello que solo se recibiría al finalizar el proceso (Calmon, 2009, p. 13). Estas observaciones, de signo doctrinal, no encuentran exacto reflejo en el Código, pero pueden coadyuvar a su comprensión y, en alguna medida, a su

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

utilización como criterio, pues el Artículo 242 coloca a la «conducta previa de las partes» como uno de los elementos para el dictado precautorio, lo que sí deja sentado, sin hesitación, son algunos requisitos y supuestos de aplicación:

• *Requisitos:* Riesgo de daño irreparable para las PSV, satisfacción de necesidades urgentes y «a reserva» de la resolución definitiva —Artículo 241 [GOR-O (138), 2021, p. 4012].

• *Definición de PSV*: Con enumeración de las situaciones fácticas que pueden conducir a la vulnerabilidad (edad, sexo e identidad sexual, género, violencia, territorio u otras). En esencia, son PSV personas con discapacidad o dificultades económicas —Artículo 241 [GOR-O (138), 2021, p. 4012], NNA, adultez mayor, mujeres, y comunidad LGBTIQ+.

• *Ajustes razonables dimanantes del principio de igualdad efectiva* —Artículo 9 [GOR-O (138), 2021, pp. 3978-3979]—, con disposiciones comunes a los procesos ordinario y sumario: acortamiento de plazos en función de la urgencia y posibilidad *ex oficio* o a instancia de parte, de variar el tipo procesal, en razón de las características del caso; y grado de complejidad o interés protegido —Artículo 580 [GOR-O (138), 2021, p. 4058]. También, en los procesos en que se ventilen cuestiones relacionadas con NNA, se indica al tribunal disponer, de forma anticipada, sobre su guarda y cuidado, régimen de comunicación, pensión alimenticia y cualquier otro particular encaminado a proteger el interés superior de estas personas, con independencia de la resolución definitiva —Artículo 581 [GOR-O (138), 2021, p. 4058].

Muy importante, en todo caso, es la resolución que se pronuncia sobre el pedido cautelar. Primero, el juicio de admisibilidad debe ser emitido con prontitud, en tanto las solicitudes se basan en la necesidad de salvaguardia urgente, de manera que, si el pronunciamiento no se adopta de forma expedita, se incurre en desprotección, máxime cuando, ante la denegación, el solicitante se vería compelido a recurrir la decisión, lo que alargaría el íter y podría conducir a la producción directa de un daño o a su agravamiento. Segundo, conceder prioridad al dictado de la resolución precautoria, pues la tramitación en pieza separada significa, precisamente, que no tiene ni debe esperar el decurso del proceso, por cuanto, de hacerlo, puede resultar inútil la disposición cautelar. Tercero, al acoger el pedido o disponer de oficio, el tribunal viene obligado a apreciar la necesidad de la medida, la adecuación a su finalidad, proporcionalidad, conducta previa de las partes y los eventuales per-

juicios que pudieran producirse; también puede disponer una medida menos rigurosa que la solicitada, y determinar el alcance y la duración de la precaución. Cuarto, todas las decisiones judiciales que involucren a NNA tienen que estar cimentadas en el interés superior de estos.

3.1. Protección de los bienes

Las regulaciones precedentes, en conjugación con las experiencias de la praxis forense, fundamentalmente en claves mercantil, familiar y sucesoria, ponen de manifiesto la necesidad de regular por separado las medidas relativas a bienes de las destinadas a la protección de las personas y las familias. El Artículo 803 de la LPCALE (Mantecón, 2015, p. 200), con diseño ajustado al procedimiento de lo económico y, por extensión, al resto de las materias, no satisfizo las expectativas de la práctica, mientras que, en el contexto familiar, la Instrucción No. 216 [GOR-O (21), 2007, pp. 681-683] pretende adecuarlas a esta sede y, para la salvaguardia sucesoria, hay que escudriñar la ley, en la búsqueda de la disposición ajustada al caso.

El Artículo 247 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4013] relaciona un catálogo de medidas cautelares propio y universal, que mantiene gran parte de las previsiones de su predecesor (el citado Artículo 803). Excepto el aseguramiento de los medios probatorios por las razones apuntadas, inserta nuevas figuras o precisa las ya existentes, con la marcada intención de comprender todos los supuestos de protección de bienes, de cara a la efectividad de la sentencia. Particular mención merece el embargo que, sin perder su «arrogancia» de figura principal, se coloca como una más en la enumeración, en contraposición a la LPCALE que le concedió preferencia desde el nombre del capítulo: «Del embargo y otras medidas cautelares» (Mantecón, 2015, p. 199). En el citado texto sobre las medidas cautelares, se recuerda el retroceso de la LPCALE a los postulados de la escuela germana, que presentaba el embargo como la figura prístina y no una de las medidas; en definitiva, este constituye una de las tantas medidas cautelares específicas, entre el inventario que, como guía, ofrece el legislador. Además, extiende su manto protector a los derechos; ambos, bienes y derechos, con la cualidad de presentes y futuros —Artículo 247, inciso a) [GOR-O (138), 2021, p. 4013]— y con pleno reconocimiento de la afectación que genera al derecho de dominio de una persona natural o jurídica, según el caso, en consonancia con la prohibición de actuación en el tráfico

ISSN EDICIÓN IMPRESA: 1810-0171
RNPS: 0504

comercial, no limitada a bienes, sino, igualmente, a derechos prexistentes o de posible adquisición. Esta calificación de *futuro* responde a lo que en otros ordenamientos se reconoce como *inhibición*, en el entendido de que, en el momento del pedido, no existen bienes o derechos contra los cuales dirigirse, pero pueden surgir durante el curso del proceso, y con esta disposición ya están asegurados, sin necesidad de un nuevo análisis del cumplimiento de los presupuestos de ley.

De similar manera, se incluyen especificaciones respecto a ejemplares de obras y objetos en el ámbito de la propiedad intelectual, para el depósito temporal de bienes. Siempre resulta oportuno recordar las diferencias entre secuestro y depósito, según la previsión normativa —Artículo 247 b) y c), [GOR-O (138), 2021, p. 4013]. El primero está concebido para la conservación de un bien específico que resulta objeto de la reclamación —bienes en litigio—, y al cual pretende tener derecho quien promueve; se configura para actividades productivas y mercantiles, y tiene un sello punitivo, al provocar la desposesión de quien lo detenta, con la entrega a un tercero que lo custodie hasta la culminación del proceso; cuando se *secuestra*, se sustrae el bien de la esfera de actuación de quien lo posee.

Por su parte, el segundo constituye una precaución en virtud de la cual determinados bienes —no específicamente los de la litis, pero sí en poder del destinatario de la medida— son aplicados al régimen de depósito por orden del tribunal, en aras de evitar que resulten objeto de una indebida utilización, o se encuentren en peligro de resultar deteriorados, ocultados físicamente o transmitidos a terceros. Implica conocer el paradero del bien y la persona que lo posee, quien, como regla, es designado su depositario; luego, ostenta un sello eminentemente conservativo, no arremete contra el patrimonio del demandado y, cuando se ignora la ubicación del bien, va precedido de una solicitud *ad exhibendum*.

Como nota novedosa de la suspensión o abstención de actividad o conducta, se añade la prohibición de enajenar bienes —Artículo 247 d) [GOR-O (138), 2021, p. 4013]—, en respaldo a una necesidad material apreciada en el tráfico jurídico, para lo cual la medida de abstención resulta insuficiente, por carecer de ejecutabilidad, en tanto depende de la voluntad del sujeto ejecutor, mientras que, al circunscribir a este supuesto la consecuencia prohibitiva de la enajenación con efectos notariales y registrales —Artículo 248 [GOR-O (138), 2021, p. 4013]—,

se reducen los marcos del ejercicio del derecho de propiedad y, en consecuencia, los efectos propios de la actividad registral, con alcance a la seguridad jurídica, inciden directamente en la esfera de actuación del poseedor o titular. En estos casos, el tribunal libra oficio, sin necesidad de rogación específica de parte.

Otro signo de perfeccionamiento es la definición anticipada de permanencia de bienes domésticos imprescindibles para el bienestar de los hijos menores en procesos marcados por la separación de los padres, medidas y procesos en los que se conjugan los presupuestos propios de la naturaleza patrimonial de la disposición precautoria con la construcción del interés superior del NNA involucrado en la controversia, conforme a los postulados de la Convención de los derechos del niño y la Instrucción No. 216, del CG-TSP [GOR-O (21), 2007, pp. 681-683].

Casi cerrando el catálogo, aparece la inclusión relativa al inventario de bienes y la designación de interventor, gestor depositario u otra figura afín —Artículo 247 e) y g), CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4013]—, que trae causa de la formulación anterior en el Libro Cuarto de la LPCALE, relativo al proceso sucesorio, ahora con una propuesta integradora, sujeta a las siguientes particularidades —Artículos 264-273 [GOR-O (138), 2021, pp. 4015-4017]:

- Solicitud conjunta de inventario, con la designación del interventor, gestor depositario u otra figura afín.
- En el caso del fallecimiento de una persona, demostración de interés legítimo o, en su defecto, por solicitud de las autoridades del lugar.
- Verificación de la existencia de bienes, y relación detallada de sus características y valores.
- Posibilidad de agregar bienes no reseñados inicialmente.
- Instrucción sobre el contenido de la responsabilidad que asume la persona designada (facultades y deberes, autorización judicial).

Como muy atinada cabe catalogar la previsión normativa de solicitud conjunta de la medida, porque el inventario únicamente indica los bienes existentes, pero, por sí solo, no implica deberes referidos a la conservación patrimonial. «Intervenir» implica la designación de una persona determinada que autorice los actos de administración del destinatario con respecto a sus bienes productivos. Ramos (2008) analiza el carácter conservativo del *statu quo*, pues la medida pretende únicamente

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

someter a control y fiscalización los actos concernientes al patrimonio objeto del litigio, aunque quien la sufre mantenga sus facultades de disponer y administrar (p. 544).

La explotación del lugar de donde provienen los bienes se mantiene en poder del «cautelado», aun cuando este quede intervenido por el individuo que el tribunal designe. Esta medida resulta pertinente cuando el solicitante pretende que se le entregue un bien productivo, en aras de elevar su rendimiento y, precisamente, el peligro reside en que el destinatario intente minimizar los resultados de la producción durante el transcurso del proceso. Con la intervención, se fiscalizan los actos de administración y disposición de la persona contra quien se dirige la medida, pero esta permanece en el ejercicio de dichas facultades y, ante la oposición del interventor, puede solicitar la autorización judicial.

A continuación, la más «noble» de las MC, la anotación preventiva en registro público —Artículo 247 h), [GOR-O (138), 2021, p. 4013]—, que cumple una función esencial de publicidad, pues no impide la transferencia de la propiedad del bien afectado por ella, pero, quien lo adquiere lo hace a sabiendas de que existe la litis y, en consecuencia, no puede alegar la buena fe sobre la adquisición de aquel. Así, constituye una especie de inscripción provisional o transitoria, por cuanto su permanencia dependerá del lapso del proceso al cual tributa; ella sirve de precaución al que la emplea y, al mismo tiempo, representa una advertencia o prevención para los demás. La denominación que asume la norma patria resulta adecuada, al precisar dos cuestiones: El énfasis en el carácter preventivo, no represivo, de la medida, porque realmente solo informa a los terceros sobre la pendencia de proceso, y la mención expresa a los «registros públicos» en general, ya que no se limita su adopción al Registro de la Propiedad, sino que se amplía el espectro de utilización a cualquiera de los que funcionan en el país (*vgr*. los registros del Estado civil, mercantil y de vehículos, entre otros).

Groso modo, sobre las MC relativas a bienes, pueden realizarse algunas acotaciones:

• Presuponen el factor «sorpresa»; por eso, el pronunciamiento sobre la admisión o denegación se realiza sin conocimiento ni intervención del destinatario —Artículo 250 [GOR-O (138), 2021, p. 4013]—; pero, aunque esta es la regla, debe quedar claro en la solicitud que se interesa su adopción directa (*inaudita pars*).

• Cuando el tribunal considere, y con carácter excepcional de ruptura a la regla previa, puede convocar a audiencia para escuchar a ambas partes —Artículo 252 [GOR-O (138), 2021, p. 4014].

• Son de inmediata ejecución, sin que pueda detenerse su cumplimiento por oposición del destinatario, a tal punto que la posibilidad de recurrirlas es posterior a su disposición o ejecución —Artículo 253 [GOR-O (138), 2021, p. 4014].

• Al solicitar el inventario de bienes, siempre se debe precisar a quién se interesa como depositario para que los conserve y proteja hasta la decisión definitiva.

• Al adoptar su decisión, el tribunal determina el alcance y la duración de la precaución cuando corresponda —Artículo 242.3 [GOR-O (138), 2021, p. 4012]—; sin embargo, ello no debe quedar a la discrecionalidad judicial, sino que quien pide la medida debe hacer sugerencias al respecto.

3. 2. Salvaguarda de las personas y las familias

El catálogo previsto en el Artículo 283 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4018] responde a una armónica conjunción entre lo regulado por la Instrucción No. 216 [GOR-O (21), 2007, pp. 681-683] y las medidas provisionales del divorcio, llevadas a la realidad familiar cubana; a su vez, favorece el uso de fórmulas conciliatorias y ofrece tratamiento a las situaciones de violencia intrafamiliar, basadas en el género o en cualquier otra circunstancia de discriminación, desde los postulados constitucionales que colocan a la dignidad humana y la igualdad como valores-principios, a partir de los cuales se verifica el ejercicio de los derechos. Así, en razón de las características procesales intrínsecas del Derecho familiar, la regulación de lo cautelar ostenta un signo diferente; no se trata de solicitantes y adversarios, sino de justipreciar al grupo familiar como unidad principal de la sociedad, que requiere del desarrollo de una labor juzgadora verdaderamente tuitiva, con un juez director dotado de amplias facultades y autoridad, capaz de prever y ejecutar medidas que ni el legislador ni las partes «hayan podido prever» como posibles y con las que muchas veces anticipa el resultado del litigio.

> De entrada, hay que señalar que, en este escenario, hablar de medida cautelar es harto relativo. Las necesidades de estos litigios exigen medidas más bien de carácter tuitivo de los intere-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> ses del grupo familiar en toda su dimensión. Por ello cabe considerar cualquier medida idónea a las circunstancias del caso, tenga o no que ver con la anticipación de la ejecución en sentido estricto. Al lado de verdaderas medidas cautelares, surge la necesidad de organizar los intereses del grupo familiar afectado mientras dura el litigio. En estos casos, las medidas responden precisamente a ese perfil de regulación provisional de una situación litigiosa, que debiera cumplir siempre una medida cautelar. (Ramos, 1986, p. 556)

Por su parte, Kielmanovich (2008) afirma que

> se autorizan medidas cautelares que no apuntan a asegurar el cumplimiento de la sentencia *definitiva* que habrá de pronunciarse sobre el fondo de la litis, sino fundamentalmente la *integridad* de la persona o la satisfacción de sus necesidades *urgentes*, desvinculándose aquellas de la pretensión principal. (p. 41)

El CPR acoge estas posturas y las particularidades que la doctrina reconoce a las medidas cautelares en sede personal y familiar. Resultan características:

• El carácter instrumental, con la peculiaridad de anticipación del resultado litigioso, pues suele autorizarse el dictado de aquellas que aparejan una evidente identificación de su objeto con el de la pretensión de fondo. El Artículo 241 [GOR-O (138), 2021, p. 4012] de la ley procesal confiere la facultad de adoptar decisiones anticipadas sobre el fondo ante la presencia de un daño irreparable para los derechos e intereses de las PSV, requeridas de la satisfacción de necesidades urgentes y a reserva de lo que se disponga de modo definitivo. En sentido general, se rompe la pauta de la homogeneidad o proporcionalidad, para aludir a una identidad entre el pedido cautelar y el de fondo (pretensión).

• La adopción *audita altera pars*. Como regla, se admite la sustanciación previa con la parte contraria, en razón de las serias consecuencias que el dictado de tales pronunciamientos podría aparejar para el afectado y la familia; le caracteriza el intento de conciliación de los intereses que pudieran ser divergentes, en aras de lo que resulte más conveniente para todos y cada uno de los miembros de la familia. Así, los artículos 284 y 285 [GOR-O (138), 2021, p. 4018] se refieren a la convocatoria a una audiencia con el objetivo de escuchar a los interesados; el 234 y el 287 [GOR-O (138), 2021, p. 4011, 4018] amplían la legitimación para solicitudes precautorias a los

demás intervinientes en el proceso, bajo la fórmula de «quienes tengan interés», en cualquier estado de la tramitación y siempre que se sustenten en la satisfacción del interés superior del NNA o en la protección de la PSV, ello en consonancia con el texto constitucional, la Convención de los derechos del niño y el Código de las familias, que reconocen la multiplicidad de actores y el afecto como eje de cualquier tipo de relación familiar. Marcados ejemplos constituyen las disposiciones provisionales sobre guarda y comunicación a favor de uno de los padres, abuelos, parientes o allegados con quienes se acredite tener una sólida relación afectiva —Artículo 283 c) y d) [GOR-O (138), 2021, p. 4018].

• Excepciones para la adopción en audiencia resultan los casos en que subyace una situación de violencia o de extrema urgencia, con medidas específicas, como el tratamiento psicológico o psiquiátrico para las víctimas y los agresores, la prohibición de acercarse o de visitar el hogar familiar y los lugares de trabajo, estudio u otros similares, y el cambio de actividad o de condiciones laborales de la víctima de hechos de violencia en el trabajo —también aplicable a cualquier otro entorno, como el educativo—, cuando la permanencia en ellas suponga su revictimización —Artículo 283 f), g) e i) [GOR-O (138), 2021, p. 4018].

• Presupuestos para su admisibilidad y ejecutabilidad: Generalmente, no se exige contracautela, como tampoco la demostración fehaciente de la verosimilitud del derecho ni del peligro en la demora, sino que, en todo caso, basta con la comprobación de las circunstancias descritas en la ley, como requisito para su concesión. El proceso sumario de alimentos resulta paradigmático en este sentido, al no requerir la presentación de las certificaciones del Registro del estado civil y bastar con los datos que aporta el documento de identidad correspondiente. Además, en el caso de que se soliciten alimentos a favor del concebido, son suficientes la prueba del embarazo y la imputación de que el demandado es el progenitor —Artículo 558 [GOR-O (138), 2021, p. 4054].

• El órgano judicial cuenta con facultades para disponerlas de oficio, sin que ello obste a que también el destinatario o demandado pueda solicitarlas, particularmente en aquellos casos de comunidad de intereses —artículos 240 y 285 [GOR-O (138), 2021, pp. 4012 y 4018].

• La disponibilidad inmediata de su objeto: En el caso de embargo o de fijación de alimentos provisorios, la resolución lleva implícita la facultad de disponer del dinero sobre el cual recae. Se trata de una decisión del tribunal y, por consiguiente, lleva aparejada la fuerza ejecutiva que se

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

reconoce en el Artículo 151 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 101] y en distintos preceptos de la ley adjetiva —2.2, 245 y 454.1 [GOR-O (138), 2021, pp. 3978, 4012 y 4038].

- Debe existir la necesaria coordinación cuando se dicten varias medidas cautelares, para evitar contradicciones, pues en un proceso familiar se pueden sustanciar varias peticiones con entidad propia.
- No se prevé la sujeción normativa a un plazo de caducidad.

En este último aspecto, aunque el CPR regula un plazo de caducidad, contiene tres previsiones que «matizan» su fenecimiento: La primera, como típica medida autosatisfactiva —antes explicada—, se interesa de forma previa al proceso, mantiene su vigencia y se declara definitiva, si no existe oposición y siempre que se trate de PSV, derechos inherentes a la personalidad u otras situaciones de satisfacción de necesidades urgentes —Artículo 238 [GOR-O (138), 2021, p. 4012]—; la segunda, al permitir la solicitud en un proceso para asegurar el resultado de otro posterior —artículos 232.2 y 245.3 [GOR-O (138), 2021, pp. 4011-4012]—; y la tercera, cuando se proclama la vigencia de la medida hasta el cumplimiento de la resolución judicial que ponga fin al proceso —245.1 [GOR-O (138), 2021, p. 4012]—. Al respecto, se defiende la necesidad de que pervivan los efectos que les son propios a las medidas cautelares hasta que la decisión definitiva comience a producir los suyos, pues «aprovechándose del efecto de aseguramiento producido durante la vigencia de la garantía se evitan períodos de tiempo sin ella en los cuales se haría precisa una nueva solicitud cautelar» (Calderón, 1992, p. 306).

Estas y muchas otras disposiciones enaltecen al Código de procesos que reconoce la virtualidad jurídica de las medidas asegurativas como esas decisiones rápidas que permiten prevenir o paliar situaciones de riesgo en cuanto a las personas o sus bienes. De ahí la importancia que revisten, pues permiten «acotar» actos de violencia, necesidades de ayuda especializada y disposiciones provisionales sobre alimentos, custodia y comunicación, entre otras. La ley contiene una amplia preceptiva en lo atinente a la protección de las personas y las familias con un catálogo —Artículo 283 [GOR-O (138), 2021, p. 4018]— de nueve medidas típicas y una de cierre o genérica que permite «crear» la que resulte idónea para garantizar la eficacia del proceso, o que se sustente en la satisfacción del niño o en la protección de la PSV.

IV. CONCLUSIONES

La consagración constitucional del derecho de todo individuo a obtener una tutela judicial efectiva convoca y obliga al dibujo de herramientas procesales y garantías de cara a un debido proceso; entre ellas, se presenta el régimen cautelar como su especie, en el entendido de que los reclamos de los justiciables no se limiten a la búsqueda de la declaración del derecho invocado, sino también a su eficacia como valor propio, unido a la seguridad jurídica y la justicia. Por su parte, el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], como norma de desarrollo, amplía los postulados del debido proceso bajo la premisa de que, si bien las actuaciones de «aseguramiento y eficacia del proceso» no son imprescindibles en el íter de este, pueden devenir en una útil herramienta de afianzamiento de los derechos en debate, de evitación de proceso y, sobre todo, como mecanismo para prevenir daños o aminorar los existentes.

Así, las medidas cautelares configuran ese artilugio garante de celeridad y de efectividad procesal, que asegura, *ab initio*, la eficacia específica de la decisión judicial y que, frente a la ineluctable dilación del proceso, no se obstruya el cumplimiento de la sentencia que, en su día, será dictada o, al menos, que esta no se torne ilusoria.

En cuanto a los específicos caracteres, solo un apunte final: El CPR rescata el dictado *inaudita* parte, que rige con carácter de principio, al disponer que el tribunal se pronuncia sobre la admisión de la solicitud sin el conocimiento ni la intervención del destinatario, aunque con la posibilidad de convocar a audiencia antes de su adopción, si existen razones que lo ameriten —artículos 250 y 251 [GOR-O (138), 2021, p. 4013].

En sede familiar y de protección a las personas, opera a la inversa, pues la adopción directa de la medida cautelar, tanto de oficio como a instancia de parte, solo procede cuando concurren razones de urgencia u otras que así lo justifiquen. En esencia, la celebración de audiencia responde a la necesidad de que el juez verifique la justeza, o no, de la medida interesada, mediante la escucha de las alegaciones de las partes y el contacto directo con los medios de prueba que sirven de sustento para acogerla o rechazarla; también para dialogar y «buscar» la precaución que mejor se ajuste al asunto y a los intereses, por ejemplo, de NNA involucrados en el conflicto. Para este acto, cada parte tendrá que prepararse con el fin de exponer o rebatir oralmente, según la posición, la presencia de los presupuestos exigidos para la procedencia de la tutela cautelar.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

En líneas generales, el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] constituye un cuerpo normativo que agrupa —de manera armónica— los procesos civiles, familiares, mercantiles y del trabajo, e incluye un régimen cautelar de aplicación para todos estos ámbitos y, supletoriamente, para las sedes administrativa y de amparo de los derechos constitucionales. Ha dejado de ser una aspiración y se ha convertido en una realidad en que la efectiva tutela de la justicia encuentra un medio para afianzar la credibilidad en la impartición de justicia en Cuba, especialmente en la cuestión precautoria.

En otro orden, el panorama procesal actual se empeña en la búsqueda de alternativas para atenuar la exasperante, aunque necesaria, lentitud de los procesos y, para combatirla, se amplía el abanico de posibilidades de resguardo en lo que se conoce como «una constante redefinición y revalorización de lo cautelar», redefinición conducente al género abarcador de tutelas judiciales urgentes, que comprende las medidas cautelares, las autosatisfactivas y la protección anticipada.

Hasta el CPR, la doctrina y la legislación cubanas no ofrecían méritos a figuras distintas a lo cautelar; ahora tampoco se hace de forma expresa, pero sí se encuentran atisbos de su configuración. En cuanto a las medidas autosatisfactivas, el CPR no identifica ninguna actuación con este nombre, pero su esencia se corresponde con la disposición precautoria sin sujeción a plazo de caducidad —Artículo 238.1 [GOR-O (138), 2021, p. 4012]. ¿En qué casos? El de las PSV, los derechos inherentes a la personalidad u otras situaciones de satisfacción de necesidades urgentes, requeridas de tuición expedita y definitiva, en aras de evitar un daño inminente e irreparable, y sin depender de la interposición ulterior de demanda.

V. REFERENCIAS

Berizonce, R. O. (2003). La prestación de alimentos provisorios en el Código de Vélez y la moderna doctrina de la tutela anticipatoria. *Revista Peruana de Derecho Procesal,* (6), 27-40.

Calderón, M. P. (1992). *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Civitas.

Calmon, P. (2009). *Algunas tendencias innovadoras en materia de Derecho procesal brasilero*. Memorias II Congreso Internacional de Derecho Procesal. Unión Nacional de Juristas de Cuba.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 216. (Mayo 17, 2012). GOR-O (21), 681-683.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 278. (Febrero 14, 2023). GOR-E (11), 35-42.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Decreto-Ley No. 241. (Septiembre 27, 2006). GOR-E (33), 325-334.

Kielmanovich, J. L. (2008). Las medidas cautelares en el proceso de familia. *Derecho de familia: revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, (39), 39-44.

Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.

Ley No. 7, Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico. En Mantecón, A. (Rev.) (2015). Ediciones ONBC.

Ley No. 156, Código de las familias. (Septiembre 27, 2022). GOR-O (99), 2893-2995.

Mantecón, A. (2010). *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil.* Ediciones ONBC.

Mendoza, J. (2007). Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico. *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos,* (29), 2-14. Ediciones ONBC.

Pérez, I. (2012). *Las medidas cautelares, una valiosa herramienta procesal.* Ediciones ONBC.

Ramos, F. (1986). *Derecho procesal civil* (2.ª ed., Vol. 2). Bosch.

Ramos, F. (2008). *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litgios civiles.* Atelier Libros.

Santos, M. (1999). Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas. *Revista Peruana de Derecho Procesal,* (III), 69-78.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Agosto 3, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN EL CONTEXTO MERCANTIL

THE PRESCRIPTION OF THE ACTION IN THE COMMERCIAL CONTEXT

Lic. Alina Bielsa Palomo
Magistrada, Sala de lo Mercantil, Tribunal Supremo Popular, Cuba
Código ORCID: 0009-0003-3457-0271
alina@tsp.gob.cu

Resumen

La prescripción de la acción es una de las excepciones que se alega con mayor frecuencia en la jurisdicción de lo mercantil, en la oposición a la demanda, pero en ocasiones se confunde con otras instituciones jurídicas y plazos regulados en la norma o en el contrato. Varias son las sentencias dictadas por la otrora Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular, actual Sala de lo Mercantil del máximo órgano judicial, que revocaron las decisiones de instancia, por la indebida estimación de aquella cuestión. El Código de procesos reconoce el derecho de la parte demandada de alegar las excepciones que considere a los fines de su defensa, tanto en el proceso ordinario como en el ejecutivo; ya sea en la contestación a la demanda o en la audiencia.

Palabras clave: Excepciones; prescripción; derechos; plazos; jurisdicción de lo mercantil.

Abstract

The statute of limitations is one of the exceptions most frequently invoked in the commercial jurisdiction, in the opposition to the claim, but on occasions it is confused with other legal institutions and time limits regulated in the rule or in the contract. There are several judgments handed down by the former Economic Chamber of the Supreme

People's Court, now the Commercial Chamber of the highest judicial body, which overturned the decisions of the lower court, due to the improper estimation of that question. The Code of Procedure recognises the right of the plaintiff to plead the defences he considers necessary for the purposes of his defence, both in ordinary proceedings and in enforcement proceedings, either in the defence to the claim or at the hearing.

Keywords: *Exceptions; prescription; rights; time limits; commercial jurisdiction.*

Sumario

I. Introducción; II. Origen y concepto de la prescripción de la acción; III. La prescripción de la acción en general; IV. Prescripción y caducidad; V. La prescripción en materia de contratación económica; VI. La excepción en el Código de procesos; VII. Conclusiones; VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

> […]. La prescripción como forma de extinción de las acciones para la defensa de un derecho, cuyo origen está en el abandono de este en el ámbito de la relación jurídica en que se genera, es una figura directamente relacionada con la noción de seguridad jurídica que, para garantizarla, puede llegar a permitir la afirmación de situaciones, en su origen ilegítimas, cuando su titular no la ejercita en un lapso razonablemente establecido por la ley; intrínsecamente comporta el equilibrio entre aquella y la justicia material, que en tales circunstancias queda relegada [...]. No se configura con el mero transcurso del tiempo, computado aritméticamente, que justifica su estimación restrictiva a partir de la interrupción del término, por reclamación judicial o por cualquier acto de reconocimiento de la relación jurídica [...]. [S-TSP (135), 2015, p. 3]

Uno de los retos a que se enfrenta la práctica judicial en la jurisdicción de lo mercantil está relacionado con la excepción perentoria de prescripción de la acción, una de las que con mayor frecuencia se alega en la oposición a la demanda. Por lo polémico de esta institución, ha de analizarse su tratamiento en las disposiciones normativas contractuales vigentes, porque, en ocasiones, se confunde con otros institutos jurídicos,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

como la caducidad, y con otros plazos regulados en la norma o en el contrato suscrito por las partes, lo que constituye un error técnico conceptual de los operadores del Derecho; además, el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] otorga el derecho al demandado a oponer cuantas excepciones estime en su defensa.

II. ORIGEN Y CONCEPTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

El origen de la prescripción se encuentra en el Derecho romano, como señala García Cantero (1995)

> en la confluencia de la *usucapio* [modo de adquirir la propiedad de una cosa por posesión o uso ininterrumpido de ella por un tiempo determinado y en las condiciones prescritas por la ley] y de la *praescriptio* [lo pretendido por el demandante o el demandado]; la primera, en cuanto ejemplo paradigmático de la lucha entre el hecho y el derecho, y propia la segunda del proceso formulario romano cuando el pretor encargaba al *judex* que examinara ciertas cuestiones atinentes al actor o al reo. (s.p.)

De acuerdo con el diccionario *on line* UniversoJus*,* la voz latina significa, literalmente, prescripción, pero tuvo matices técnicos muy especiales en el procedimiento romano. Durante el sistema formulario era la frase que, luego del nombramiento del juez, figuraba al principio de la fórmula, tanto a favor del actor como del demandado. En el primer supuesto, *pro actore*, concretaba la cualidad con que el demandante comparecía en el juicio y lo que pretendía exactamente, a fin de que no todo su derecho se ventilara en el proceso. Si era *pro reo*, contenía las palabras que el demandado hacía insertar en la fórmula al oponer alguna excepción que debía considerar el juez antes de conocer sobre el fondo y que, de ser fundada, implicaba la absolución del demandado (s.f., s.p.).

> La prescripción es un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas. […] Se produce por la inacción del acreedor por el plazo establecido por cada legislación conforme a la naturaleza de la obligación de que se trate y tiene como efecto privar al acreedor del derecho a exigir judicialmente al deudor

> el cumplimiento de la obligación. La prescripción no extingue la obligación sino que la convierte en una obligación natural por lo cual si el deudor voluntariamente la paga no puede reclamar la devolución de lo entregado alegando que se trata de un pago sin causa. (Estudios jurídicos, 2012, s.p.)

La prescripción fue tratada por Clemente (1983), para quien la idea básica de esta institución está en que el tiempo puede dar lugar a la adquisición de un derecho o su extinción, como consecuencia del ejercicio continuado (pp. 1043-1121). Asimismo, Valls (1995) estima que la apreciación de la prescripción «va ligada a la falta de ejercicio de los derechos durante el tiempo determinado por la Ley» (s.p.). Por su parte, Mendoza (2001) considera que ella «se refiere esencialmente al paso del tiempo en la relación jurídica» (p. 59). Las anteriores definiciones coinciden en considerar la existencia del derecho, la falta de acción procesal y el transcurso del tiempo, como elementos comunes de la institución analizada.

En resumen, la prescripción es el modo de extinción de las obligaciones por el transcurso del tiempo establecido en la ley a esos efectos, durante el cual el titular del derecho no ejecuta actos que permitan interrumpir el curso de aquella; por tanto, para que se constituya debe existir el derecho, no reconocido absolutamente por el obligado, la inacción de su titular para reclamarlo y el transcurso del tiempo, como requisitos que la configuran.

III. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN GENERAL

El máximo órgano de justicia ha dejado sentado en varias de sus sentencias que la prescripción de la acción solo puede apreciarse cuando existe abandono absoluto del derecho por su titular, debidamente demostrado y no reconocido por el obligado, en cuyo fundamento descansa la seguridad jurídica. En tal sentido, se ha sostenido que

> […] la prescripción [constituye] una institución de estimación restrictiva, que limita el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento del contrato y debe acogerse cuando existe abandono absoluto del derecho, [lo] que no ocurre en el presente caso en el que no se configuran los presupuestos de

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> inactividad que justificarían su apreciación, razones que obligan a desestimar la excepción alegada [...]. [S-TSP (36), 2015, p. 5]

La prescripción, en tanto excepción, debe ser alegada por la parte a quien favorece en el escrito de contestación a la demanda —principal o reconvencional—, o en la audiencia —artículos 529 y 538, CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 4049, 4051]—, y como excepción perentoria se resuelve en la sentencia, según define el Artículo 532.1 (p. 4050), sin que pueda ser apreciada de oficio, pues en tal caso la sentencia que la estime se resentiría de incongruencia y ello podría provocar indefensión efectiva, ya que se produciría una modificación del debate procesal entre las partes por alteración del objeto del proceso.

No basta su alegación, en oposición a la pretensión de la parte actora, sino que, además, tiene que justificarse por el demandado para que el órgano judicial pueda apreciar su justeza y, en consecuencia, desestimar el reclamo del demandante; como también le corresponde a este demostrar, en contrario, la interrupción del término de prescripción, mediante cualquier acto de ejercicio del derecho o de su reconocimiento por el deudor, en la forma dispuesta por el Artículo 121.1 del CC [GOR-E (9), 1987, p. 48]; de ahí que, por su naturaleza, la excepción se considere de estimación restrictiva.

De producirse la interrupción del plazo de prescripción, el tiempo transcurrido no se computa, sino que, finalizada aquella, comienza a transcurrir un nuevo plazo igual al original. En cambio, en el supuesto de suspensión, previsto en el Artículo 123.1 del CC [GOR-E (9), 1987, p. 48], a partir del día en que cesa la causa que le dio origen, comienza a decursar el resto del período legalmente fijado.

La prescripción puede ser también renunciada por el demandado, quien decide si la alega en oposición a la demanda. Se afirma que «la prescripción puede renunciarse por el interesado, de manera tácita o expresa, claro está, una vez [que se haya] consolidado o tipificado, por ser institución de derecho privado y de interés particular» (Estudios jurídicos, 2012, s.p.).

IV. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

En estrecha relación con la prescripción se encuentra la caducidad —prevista en el Artículo 125 del CC [GOR-E (9), 1987, p. 48]— que, al igual que aquella, tiene como fundamento la seguridad jurídica y la nece-

sidad de dotar de certeza a las relaciones jurídicas; sin embargo, existen diferencias entre ellas, las cuales, tenidas en cuenta, evitan la confusión que aún acontece en la práctica judicial y el ejercicio del Derecho sobre estas instituciones jurídicas.

La palabra *caducidad* deriva del adjetivo latino *caducus a um,* que significa «caduco, perecedero». Esta partícula procede, a su vez, del verbo *cadere*, entendido como «caer, sucumbir, morir o terminar». La caducidad es una figura jurídica que produce la extinción de ciertos derechos, poderes o facultades, si no son ejercidos en el período de tiempo indicado, el que, una vez comenzado, corre inexorablemente y sin posibilidad alguna de detenerlo.

Para Clemente (1983) se produce la caducidad o decadencia del derecho «cuando la ley o la voluntad de los particulares señala un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que, transcurrido ese término, no puede ya [aquel] ser ejercitado» (p. 1114).

Como refiere la jurisprudencia española,

> […] así como la prescripción tiene como finalidad la extinción de un derecho ante la razón subjetiva de su no ejercicio por el titular, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado. (S-TSE, 1966, s.p.)

En la misma dirección, el judicial hace referencia al dato objetivo del transcurso del plazo como razón de ser de la caducidad, mientras que la prescripción extintiva se funda en la inactividad del titular como supuesto de abandono de la acción (S-TSE, 1982, p. 605). En la prescripción se extingue la acción y el derecho subsiste; en cambio, en la caducidad, el derecho fenece.

En el plano procesal, la diferencia más notoria entre estas instituciones consiste en que la caducidad puede ser apreciada de oficio, dada su fácil constatación, a diferencia de la prescripción que, como se ha referido, precisa siempre de invocación por el demandado.

A tenor de la corriente jurisprudencial dominante y más reciente, parece que es el fundamento del hecho objetivo de su no uso el que sigue al instituto de la caducidad, no tanto obedeciendo a criterios de seguridad jurídica y certidumbre de los derechos —que en todo caso podrían resultar añadidos o complementarios—, sino más bien al hecho puramente objetivo de la inactividad del titular o el no uso del derecho durante el plazo prefijado.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Por tanto, en el fundamento de la caducidad está la integración del plazo como parte sustancial y configuradora del propio derecho. Si bien la prescripción comporta la extinción de un derecho ante la razón objetiva de su no ejercicio por el titular, a fin de evitar la inseguridad jurídica, en la caducidad se atiende solo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado.

V. LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ECONÓMICA

El CC regula los términos de prescripción en los artículos del 114 al 126, en los que estipuló, como término general para ejercer las acciones civiles, cinco años; no obstante, señaló otros, aplicables a la acción reivindicatoria de bienes muebles, prestaciones periódicas y demás derechos, no susceptibles de modificación por acuerdo entre las partes, salvo los casos autorizados en la ley. Definió además los supuestos de interrupción y de suspensión del término de prescripción y aquellos que son imprescriptibles [GOR-E (9), 1987, p. 48].

La disposición especial de la Ley No. 1323, de 30 de noviembre de 1976, instituyó el SAE [GOR-E (15), pp. 71-99], para la solución de los conflictos contractuales entre los sujetos de las relaciones monetario-mercantiles, específicamente los organismos, las empresas y otras dependencias de la Administración Central del Estado, como únicos sujetos que podían emplear esta vía, lo que excluía a otros con respaldo constitucional.

La mencionada disposición quedó modificada por el Decreto Ley No. 10, de 12 de diciembre de 1977 [GOR-O (44), p. 695], que amplió el conocimiento del arbitraje a los conflictos precontractuales e incluyó a otros sujetos reconocidos en la Constitución [GOR-EES (2), 1976, pp. 3-18], como las organizaciones políticas, sociales y de masas, cooperativas agrícolas y agricultores pequeños.

La implementación del Sistema de dirección y planificación de la economía demandó la creación del SAE con mayor alcance que el instituido hasta entonces, el que cobró vida mediante el Decreto No. 23, de 3 de julio de 1978 [GOR-O (21), pp. 267-273], con el objetivo de fortalecer el orden jurídico que regía las relaciones entre los sujetos económicos existentes en ese momento.

Fue necesario que las obligaciones dimanantes de las relaciones monetario-mercantiles se expresaran jurídicamente mediante los contratos económicos. Nació así el Decreto-Ley No. 15, de 3 de julio de 1978 [GOR-O (21), pp. 264-267], que estableció las normas básicas reguladoras del contrato económico entre las personas jurídicas y naturales que participaban en la ejecución del Plan único de desarrollo económico-social, normativa que se complementó con las condiciones generales y especiales de contratación, que establecieron las reglas de cada tipo de contrato, y con otras normativas jurídicas.

Fueron redactadas 11 disposiciones que regularon igual número de tipos de contratos, definieron los términos para acudir al arbitraje, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en aquellos, y también los de reclamar el cumplimiento de las prestaciones, lo que en no pocas ocasiones provocó confusión sobre cuál estimar como prescriptivo.

Para los contratos de suministro, compraventa especial de productos agropecuarios, documentación técnica de inversiones, investigación para la ejecución o la proyección de obras, ejecución de obras, control técnico de obra, compraventa de insumos y servicios al sector campesino, se establecieron 60 días, como término de prescripción, contados aquellos a partir de la recepción de la respuesta a la reclamación; y 15 en caso de que no se recibiera esta.

Para los contratos de transporte de carga y de operación de medios de transporte, el término de prescripción fue de 60 días, contados a partir del recibo de la respuesta a la reclamación o de que expirase el plazo concedido a esos efectos. Respecto al de suministro de productos para la exportación, se estableció igual lapso y, de no existir aquella, el de 30 días.

El Decreto No. 89 de 1981, Reglas de procedimiento del arbitraje estatal [GOR-O (54), pp. 816-830], reguló el procedimiento económico y complementó al Decreto No. 23 [GOR-O (21), pp. 267-273], al consagrar los principios rectores del proceso arbitral, ratificar la jurisdicción y competencia de los órganos del arbitraje estatal reguladas por su antecesor, reconocer las reglas de competencia por razón del territorio, la posibilidad de acumular reclamaciones, y definir las resoluciones y fases del proceso, entre otras novedades.

A partir de 1989, con la caída de la Unión Soviética y del campo socialista, unida al recrudecimiento del bloqueo económico, comercial y financiero impuesto al país, con impactos en la economía nacional, se

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

produjeron importantes transformaciones de la mano de la adopción de medidas para enfrentar el nuevo escenario.

Ante esta realidad, se promulgó el Decreto-Ley No. 129 de 1991 [GOR-E (9), pp. 37-38] que extinguió el SAE y, en su lugar, creó las salas de lo Económico en los TPP y el TSP; con ello, se judicializó la materia económica. Estas estructuras asumieron la solución de los conflictos entre los sujetos del contrato económico. No obstante, el avance que implicó esta disposición no contó con reglas de procedimiento propias, sino que continuaron aplicándose las contenidas en el Decreto No. 89 [GOR-O (54), 1981, pp. 816-830]. En respuesta a esa situación, en septiembre de 1991, el CG-TSP dictó la Instrucción No. 141, que adecuó las reglas arbitrales para su aplicación en el espacio jurisdiccional de la especialidad.

Más tarde, se hizo evidente la necesidad de transferir a las salas de lo Económico de los TPP asuntos que eran de conocimiento de la del TSP para que esta solo conociera los procesos extraordinarios de revisión y los conflictos de competencia por razón del territorio que pudieran surgir; como consecuencia, el 15 de agosto de 2001, se aprobó el Decreto-Ley No. 223, De la jurisdicción y competencia de las salas de lo Económico de los tribunales populares [GOR-E (10), pp. 51-52].

El 8 de junio de 2005, el ministro de Economía y Planificación emitió la Resolución No. 2253 [GOR-O (21), pp. 144-148], que estableció indicaciones a cumplir por las personas jurídicas y naturales que participaran en las relaciones económicas contractuales y potenció el papel del contrato.

A pesar de la importancia que en su momento tuvieron las disposiciones antes referidas, fue preciso adoptar normas de procedimiento propias que respondieran a las condiciones imperantes, en lugar de las del SAE, entonces vigentes y una nueva regulación sustantiva, que reflejara los cambios operados en el sistema empresarial cubano y eliminara la dispersión legislativa que caracterizaba al ordenamiento jurídico cubano en materia contractual.

En virtud de lo antes expresado, en 2006, se promulgó el Decreto-Ley No. 241 [GOR-E (33), pp. 325-335], con el que se alcanzó mayor judicialización en el proceso mediante un procedimiento que se insertó en la LPCAL, que derogó las reglas del arbitraje estatal y, en 2012, se promulgó el Decreto-Ley No. 304, De la contratación económica [GOR-O (62), pp. 2077-2087], que derogó las normas básicas de los contratos y sus reglamentos. Esta última normativa fue complementada con el Decreto

No. 310, De los tipos de contratos, que reunió en un solo cuerpo legal varios tipos contractuales [GOR-O (62), pp. 2087-2108].

Las mencionadas disposiciones normativas en materia contractual y procedimental, vigentes con anterioridad al Decreto-Ley No. 304 de 2012 [GOR-O (62), 2077-2087], regularon los términos para reclamar el cumplimiento de las prestaciones; con él desapareció la dispersión y falta de uniformidad sobre el plazo de prescripción que, en no pocas ocasiones, provocó confusión sobre cuál estimar como tal.

Uno de los aciertos del Decreto-Ley No. 304 [GOR-O (62), 2012, pp. 2077-2087] y el Decreto No. 310 [GOR-O (62), 2012, pp. 2087-2108], antes mencionados, consiste en que regularon expresamente los términos de prescripción para el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento del contrato.

El Artículo 91 de la primera de esas disposiciones (p. 2086) estableció el término de un año para ejercer las acciones derivadas del incumplimiento del contrato o para la declaración de su ineficacia, contado a partir del momento en que la acción pudo ser ejercida. Aquel es de naturaleza indisponible porque no puede ser modificado por la voluntad de las partes, con las excepciones que la propia normativa se encargó de definir en el Artículo 92 (p. 2086), relativas a la prescripción de la acción para exigir el saneamiento por vicios ocultos o evicción, sobre bienes muebles, y lo regulado en el Artículo 189 del Decreto No. 310, para los contratos de ejecución de obras.

No obstante, existen otras leyes especiales que regulan términos de prescripción diferentes de los antes citados, *vgr.* el Decreto-Ley No. 263 de 2009 [GOR-E (5), pp. 27-34], que estableció el de dos años para el contrato de seguro en general; y, específicamente, los marítimos, uno; y los personales, cinco, según lo preceptuado en el Artículo 61 del mencionado cuerpo legal (p. 31).

En el caso de los conflictos extracontractuales son aplicables los términos de prescripción previstos en el CC, ya explicados, según el objeto del proceso, con mayor incidencia los regulados en el Artículo 116, incisos d), referido a la indemnización de daños y perjuicios derivados de ilícitos civiles; y b), para reclamar las acciones derivadas de resolución firme [GOR-E (9), 1987, p. 48].

Sin embargo, con frecuencia se exceptúan como términos de prescripción de la acción otros plazos que no están dotados de esa eficacia, unos

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

regulados en la norma y otros estipulados en el contrato, los que a diferencia de la prescripción no son términos para el ejercicio de la acción.

Esos plazos están contenidos en el Decreto-Ley No. 304 de 2012 [GOR-E (62)], específicamente en el Artículo 15.2 (p. 2079), el cual establece que, en caso de omitirse el plazo de vigencia de la oferta contractual, este será de 20 días; en relación con la intervención del tercero, el Artículo 26.2 (p. 2080) reguló un lapso de 15 días para comunicar la aceptación de este a la parte contratante que no hizo la reserva, en caso de no haberse estipulado, y en el Artículo 70 a) (p. 2084), se regula que cuando el cesionario incurre en un incumplimiento que motiva la resolución del contrato básico, el cedido debe comunicarlo al cedente dentro de los 15 días.

Por su parte, en el Decreto No. 310 de 2012 [GOR-O (62)], esos plazos están presentes en los artículos 34, correspondiente al contrato de suministro, en lo referente a la información al cliente de las variaciones al precio pactado; 59.1, relativo al de agencia, sobre la limitación de las actividades profesionales del agente; en las regulaciones del de transporte terrestre de carga cuando se detectan retraso en la entrega de la mercancía en destino, faltantes o averías, según los artículos 128, 129.1 y 129.2, respectivamente (pp. 2090, 2092, 2099, 2100). En el contrato de ejecución de obra se regulan en los artículos 185, referido a la revisión del inversionista de la solicitud de recepción provisional de la obra o parte de ella, y 187.1, a la solicitud del inversionista para participar en la inspección general de la obra (p. 2106).

Pactada y alegada por las partes la prescripción sobre la base de estos términos, que difieren de los establecidos en las normativas vigentes, son acogidos en ocasiones por las salas de justicia, contraviniendo las disposiciones sustantivas antes mencionadas, como se advierte en la sustanciación de los recursos de casación resueltos por la sala de la especialidad del TSP.

Varias han sido las sentencias dictadas por la Sala de lo Económico del máximo órgano judicial por las que se revocaron decisiones de instancia, dada la indebida estimación de la prescripción, sustentada en el transcurso del término de los 10 días previstos en el mencionado Artículo 129.2 del Decreto 310, precisando que, acreditada a través de los medios de prueba correspondientes la existencia de faltantes y averías a la entrega, en oportunidades mediante las certificaciones emitidas por las agencias de supervisión, procede la exigencia de

responsabilidad resarcitoria, por la lesión patrimonial acaecida, o sea que la inobservancia del término aludido, solo deriva en la presunción *iuris tantum*, de tener por entregada la carga en la forma consignada en el documento de transporte, lo que, por su naturaleza, admite prueba en contrario; esto refuerza la interpretación que ha realizado la sala de la especialidad, de que no se está en presencia de un término prescriptivo, sino de la regulación de plazo distinto, como se pronunció en una de sus resoluciones:

> […] de los claros términos del artículo noventa y uno del Decreto Ley trescientos cuatro de dos mil doce «De la Contratación Económica», no se puede entender absolutamente cuestión distinta, de la que se trasluce de su recta expresión literal, en el sentido de que el plazo general de prescripción para el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento del contrato es de un año, con la sola excepción expresa, establecida en la ley, por tanto, indisponible para las partes por lo que es nula cualquier estipulación contractual en contrario, que es cuestión distinta a otros plazos y términos legales, como el referido en el artículo ciento veintinueve inciso dos del Decreto trescientos diez de dos mil doce, concernido a la notificación al porteador por los retrasos en la entrega de la carga y la ocurrencia de faltantes o averías, en su caso, cuya inobservancia solo deriva en la presunción prescrita en el apartado tercero del precepto aludido, de tener por entregada la mercancía en la forma consignada en el documento de transporte que, por su naturaleza, admite prueba en contrario, por lo que infringe la sentencia que en su mérito, estimó indebidamente la prescripción de la acción ejercitada y consecuentemente declaró sin lugar la demanda [...]. [S-TSP (116), 2015, pp. 2-3]

En caso de que se alegue la excepción sobre la base de plazos no regulados en la ley, sino pactados en el contrato, ha de ser desestimada, aun cuando algunos consideran que la decisión vulnera la voluntad de los contrayentes, que acordaron un período de tiempo para reclamar el Derecho que les asiste, de producirse el incumplimiento de las obligaciones pactadas, o que pudiera tratarse de un término de caducidad, debido a que en estos supuestos no se configura el instituto de la prescripción, sino que son plazos destinados a resolver de manera amigable el conflicto antes de acudir a la vía judicial, como se ha expresado en reiteradas sentencias de casación:

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> […] la reclamación de la contraparte, realizada dentro del término de un año, establecido en el artículo noventa y uno, apartado uno, del Decreto Ley trescientos cuatro de dos mil doce «De la Contratación Económica», que resulta de aplicación al presente litigio, derivado de incumplimiento de obligaciones contractuales, y no el que alega la recurrente, solo aplicable entre las partes para solucionar el conflicto de manera amigable, antes de acudir a la vía judicial [...]. [S-TSP (168), 2016, p. 5]

En otros asuntos se estimó que el término de prescripción regulado en la norma contractual vigente es de caducidad, porque a juicio de los que alegan tal consideración, si el titular del derecho reclama el incumplimiento, decursado ese tiempo, pierde la posibilidad de exigirlo contra el infractor del contrato, criterio que no tiene en cuenta las diferencias doctrinales que sustentan estas instituciones y que la propia normativa se encargó de definir, precisamente, para evitar la confusión que acontecía con la legislación precedente; en ese sentido, la sala de la especialidad del TSP desestimó varios recursos sustentados en estos razonamientos:

> […] lo que demuestra que la empresa demandante realizó acciones encaminadas a exigir el cobro de la suma reclamada, las que interrumpieron el término de prescripción de la acción de un año, regulado en el artículo noventa y uno, apartado uno del Decreto Ley trescientos cuatro de dos mil doce «De la Contratación Económica», que con cada accionar comenzó nuevamente a decursar y, presentada la demanda el veinticinco de mayo de dos mil diecisiete, es indudable que se interpuso dentro del período de tiempo establecido; a lo que se añade que tampoco resulta apreciable la caducidad, también opuesta por la reclamante, la que no se configura, porque el período de tiempo referido constituye un término de prescripción y no de caducidad, razones que determinan el rechazo del motivo analizado y, consecuentemente, la desestimación del recurso interpuesto. [S-TSP (8), 2018, p. 4]

VI. LA EXCEPCIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCESOS

En cumplimiento de la disposición transitoria décima de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 116], el CG-TSP, presentó a la ANPP la modificación de

la LPCALE y como resultado se aprobó el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], que uniformó la práctica procesal judicial para las materias civil, familiar, mercantil, de trabajo y seguridad social, y la ejecución de las resoluciones judiciales.

La disposición normativa reconoce para el proceso ordinario el derecho de la parte demandada a alegar las excepciones que considere a los fines de su defensa frente a la demanda presentada, potestad que reafirma cuando regula la posibilidad de que, en la contestación al escrito promocional, pueda oponer cuantas excepciones estime procedentes, oportunidad que alcanza al demandante en caso de que el demandado establezca reconvención —artículos 529, 531.2, 532.1, 538 c) [GOR-O (138), 2021, pp. 4049, 4050, 4051].

De manera que la actual ley procesal mantiene similar redacción que la derogada LPCALE, en cuanto a las excepciones, y aunque describe taxativamente las procesales (Artículo 531.1), su regulación reconoce otras, por tanto, la prescripción, como excepción, puede ser alegada por la parte demandada, con la precisión del momento en que se oponga, limitado al trámite de la contestación de la demanda principal o de la reconvención y no en cualquier estado del proceso, e igualmente debatida en la audiencia preliminar y resuelta en la sentencia dictada. En cuanto al proceso ejecutivo, el CPR regula las excepciones que puede el deudor alegar en la contestación a la demanda y, entre ellas, menciona expresamente la prescripción.

VII. CONCLUSIONES

La diversidad de plazos y términos que rigen las relaciones jurídicas materiales, en caso de conflicto, entre los que participan en estas, es frecuentemente alegada, como fundamento de la acción ejercida y a consecuencia del litigio generado, para ser dirimida en la vía judicial o como excepción por el demandado, que en muchos casos trasluce la confusión subsistente en relación con el instituto de la prescripción.

Si bien esta excepción se vincula por definición con el transcurso del tiempo, desde que la acción pudo ser ejercida en el lapso que la ley estipula, en el marco del conflicto entre las partes relacionadas jurídicamente, este no puede identificarse con cuanto término legal la matice, sino solo aquel calificado expresamente por la ley con ese carácter, referido al ejercicio de la acción procesal y no al derecho, o sea esta

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

como excepción procesal enerva su ejercicio en el ámbito judicial, mas subsiste el derecho que le sirve de fundamento.

Los restantes términos que la ley regula son de caducidad, que extinguen definitivamente el derecho por no haber sido ejercido también en el lapso legal estipulado, con ese expreso carácter, o en otros casos deriva en consecuencias distintas que son ajenas al instituto aludido y al de la prescripción, que como se ha constatado, tampoco se identifica con aquella, por definición.

Con la reforma contractual que se produjo con la promulgación del Decreto-Ley No. 304 y el Decreto No. 310, ambos de 2012, quedaron claramente establecidos los términos de prescripción para el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento del contrato; por eso, no se justifica que aún persistan en la práctica judicial deficiencias en torno a esta excepción por parte de los operadores jurídicos que al intervenir en los procesos equiparan el régimen de la prescripción al incumplimiento de otros plazos legales o voluntarios, normativas que en su regulación no dan lugar a interpretaciones o confusiones sobre cuál estimar como prescriptivo, conforme acontecía en la legislación precedente.

VIII. REFERENCIAS

Clemente, T. (1983). *Derecho civil, parte general* (t. 2, 3.ª parte). Pueblo y Educación.

Constitución de la República de Cuba. (Febrero 24, 1976). GOR-EES (2), 3-18.

Decreto Ley No. 10, modificativo de la Ley No. 1323. (Diciembre 21, 1977). GOR-O (44), 695.

Decreto-Ley No. 15, Normas básicas para los contratos económicos. (Julio 7, 1978). GOR-O (21), 264-267.

Decreto-Ley No. 129. (Agosto 19, 1991). GOR-E (9), 37-38.

Decreto-Ley No. 223, De la jurisdicción y competencia de las Salas de lo Económico de los tribunales populares. (Agosto 16, 2001). GOR-E (10), 51-52.

Decreto-Ley No. 263, Del contrato de seguro. (Enero 26, 2009). GOR-E (5), 27-34.

Decreto-Ley No. 304, De la contratación económica. (Diciembre 27, 2012). GOR-O (62), 2077-2087.

Decreto-Ley No. 241 modificativo de la Ley No. 7 de 1977. (Septiembre 27, 2006). GOR-E (33), 325-335.

Decreto No. 23. (Julio 7, 1978). GOR-O (21), 267-273.

Decreto No. 89, Reglas de procedimiento del arbitraje estatal. (Junio 8, 1981). GOR-O (54), 816-830.

Decreto No. 310, De los tipos de contratos. (Diciembre 27, 2012). GOR-O (62), 2087-2108.

Estudios jurídicos. Apoyo para los cursantes de Estudios Jurídicos Cohorte XI del Municipio Benítez. Preclusión, caducidad y prescripción. (2012). http://estudiosjuridicosbenitez.blogspot.com/2012/11/normal-0-21-false-false-false-es-ve-x.html

García Cantero, G. (1995). El instituto de la prescripción y sus orientaciones en el Derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Judicial* (14), 11-35. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=115709

Ley No. 1323, Sistema de arbitraje estatal. (Diciembre 1.º, 1976). GOR-E (15), 71-99.

Ley No. 59, Código civil. (Octubre 15, 1987). GOR-E (9), 39-81.

Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.

Mendoza Díaz, J. (2001). *El proceso ordinario de conocimiento. Actitudes del demandado*. Ediciones ONBC.

UniversoJus, diccionario jurídico online. (s.f.). http://universojus.com/definicion/praescriptio

Valls Gombau, J. F. (1995). Tratamiento procesal de la prescripción extintiva y caducidad, aspectos prácticos en el ejercicio de las acciones ante los tribunales y en la sustanciación del proceso. *Cuadernos de Derecho Judicial, 14*, (s.p.). www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071880722013000200008&script=sci_arttext

Resolución No. 2253, del ministro de Economía y Planificación. (Junio 8, 2005). GOR-O (21), 144-148.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Sentencia del Tribunal Supremo de España. (Mayo 11, 1966). http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/17776/58116TFGSerrano.pdf?sequence=1

Sentencia del Tribunal Supremo de España. (Abril 26, 1982). En *La Ley*, (3). http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/17776/58116TFGSerrano.pdf?sequence=1

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Marzo 27, 2015). (36), 5. (Legajo digital, Sala de lo Mercantil).

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Junio 30, 2015). (116), 2 y 3. (Legajo digital, Sala de lo Mercantil).

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Agosto 24, 2015). (135), 3. (Legajo digital, Sala de lo Mercantil).

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Septiembre 23, 2016). (168), 5. (Legajo digital, Sala de lo Mercantil).

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Febrero 28, 2018). (8), 4. (Legajo digital, Sala de lo Mercantil).

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Julio 10, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

CONFIGURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DESDE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

CONFIGURATION OF THE COMMON ADMINISTRATIVE PROCEDURE FROM THE JUDICIAL INTERPRETATION

Dra. Orisell Richards Martínez

Vicedecana, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba

Código ORCID: 0000-0003-0192-2173

orisellrichards1@lex.uh.cu

M.Sc. Yomays Olivarez Gainza

Magistrado, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, Tribunal Supremo Popular, Cuba

Código ORCID: 0009-0005-3453-809X

yomays@tsp.gob.cu

Resumen

La ordenación común del procedimiento administrativo constituye una premisa para la simplificación y actualización de los modos de hacer de la Administración pública, de acuerdo con la eficacia y eficiencia que debe caracterizar el ejercicio de la gestión en tal ámbito. Sus beneficios trascienden a la organización y el funcionamiento de esta, pues propende a garantizar la protección de los derechos de los administrados frente a los entes públicos. El trabajo acerca al tema desde esta perspectiva, y a partir de los retos que demanda en el contexto patrio la actualización de la vía administrativa, tomando como referencia dos elementos esenciales. Primeramente, los fundamentos constitucionales que sirven de base al procedimiento administrativo común, con una mirada desde la interpretación judicial; y algunos de los elementos distintivos de la reforma procesal en sede administrativa que permiten hacer valoraciones generales en pos de su ordenación coherente.

Palabras clave: Constitución; procedimiento administrativo; reforma procesal administrativa.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Abstract

The common arrangement of the administrative procedure constitutes a premise for the simplification and updating of the ways of doing things in the Public Administration, in accordance with the effectiveness and efficiency that should characterize the exercise of public management. Its benefits transcend its organization and operation, since it tends to guarantee the protection of the rights of those administered before public entities. The work brings us closer to the subject from this perspective, and from the challenges that the national context demands to update the administrative route, two essential elements are taken as a reference. Firstly, the constitutional foundations that serve as the basis for the common administrative procedure, with a look from the judicial interpretation; and finally, some of the distinctive elements of the procedural reform in administrative headquarters that allow making general assessments in pursuit of its coherent arrangement.

Keywords: *Constitution; administrative procedure; administrative procedural reform.*

Sumario

I. Introducción; II. Procedimiento y proceso administrativo: relación necesaria para la gestión pública; III. El procedimiento administrativo común a la luz del texto constitucional de 2019; IV. Desafíos para la ordenación del procedimiento administrativo común; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El texto constitucional representa el pilar normativo esencial en torno al cual se construye la unidad del ordenamiento jurídico y político de una sociedad. De sus fundamentos se derivan, entre otros elementos, las profundas transformaciones que han tenido lugar en sede procesal en el contexto jurídico nacional. En este sentido, la reforma al proceso administrativo en Cuba tiene en sus bases normativas un referente obligado para el desarrollo y aplicación de sus contenidos, lo que ha permitido introducir notables modificaciones, a los fines de propiciar el adecuado ejercicio de la función administrativa, así como la garantía de mayor protección para los administrados en sus relaciones con la Administración pública.

Sin embargo, en el ámbito administrativo, quedan por desarrollarse aún las principales transformaciones que doten de pautas comunes a la ordenación jurídica de estos procedimientos y simplifiquen, al propio tiempo, sus modos de hacer para que se conviertan, además, en el soporte sustantivo que permita continuar avanzando en el perfeccionamiento jurídico, con especial atención a la reforma que tiene lugar en el ámbito procesal.

No obstante, también a este respecto la CRC de 2019 introduce pilares esenciales sobre los que debe configurarse el procedimiento administrativo común de cara a su actualización. Claro que, mientras se desarrollan los contenidos jurídicos que complementan estos modos de hacer, la reforma procesal sigue en marcha —amén de su limitado período de vigencia—, y la interpretación y aplicación que se realice desde lo judicial desempeña un papel esencial en el impacto que pudiera tener para el desarrollo y la consolidación de la reforma en sí misma y la necesaria —y urgente— configuración del procedimiento administrativo común.

En esa línea de razonamiento, algunos ejemplos desde la interpretación judicial son una contribución también en la construcción de las bases que sirven de sustento a las relaciones entre la Administración pública y los administrados, cuyo impacto trasciende a la coherencia normativa para el cumplimiento de los mandatos constitucionales, así como a la defensa de los administrados y el adecuado ejercicio de la función pública, valoraciones que, a grandes rasgos, serán objeto de análisis en las líneas que a continuación se desarrollan.

II. PROCEDIMIENTO Y PROCESO ADMINISTRATIVO: RELACIÓN NECESARIA PARA LA GESTIÓN PÚBLICA

La construcción teórica sobre las nociones generales del procedimiento que se desarrolla en el ámbito de la Administración pública nació vinculada a la concepción técnico-jurídica de los procesos en sede contencioso-administrativa, y de manera especial, a los presupuestos generales de actuación para iniciar, tramitar y resolver en estos ámbitos específicos. Este es el primer elemento de especial atención para la comprensión de las relaciones entre las categorías de referencia.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Desde esta perspectiva, la historia evidencia cómo se pensó que, al igual que los tribunales, la Administración debía aplicar un derecho sustantivo, material y, al mismo tiempo, hacerlo con arreglo a ciertos trámites y formas establecidos por un derecho adjetivo y formal (Royo, 1948, p. 856). Lo anterior explica, *ab initio*, el uso de términos y categorías propios del ámbito procesal, que, aunque con un contenido y alcance diferentes en la medida en que fueron evolucionando en el tiempo, se convirtieron en referente obligado para el diseño e instrumentación de las pautas que le dieron autonomía al ejercicio de la gestión pública con posterioridad.

De esta forma, se diseña el procedimiento administrativo como expresión de ordenación formal para la actuación de la Administración pública, representando, por una parte, el camino que debe recorrer el ente público en el cumplimiento de los fines de interés general, y por la otra, el espacio de protección jurídica para los administrados como principales destinatarios de su actividad, en necesaria comunión con el equilibrio que debe caracterizar las relaciones entre ambos sujetos de esta relación jurídica (García y Fernández, 2011, p. 57).

Así, constituye este el escenario en el que la Administración pública encuentra los presupuestos generales para el ejercicio de su función —desde los fundamentos del principio de legalidad—, al tiempo que se proporcionan a los administrados los principales derechos y garantías que contribuyen para su defensa, lo que explica también la existencia de procedimientos de naturaleza constitutiva o impugnatoria. He aquí el segundo elemento a significar en las relaciones entre procedimiento y proceso administrativo, los que tienen en el derecho al recurso y, en la prerrogativa de revisión, un elemento esencial para el cumplimiento de sus fines.

Esto explica, como tercer factor en la relación de referencia, la necesidad de prestar atención a la regla de agotar la vía administrativa en tanto requisito de admisibilidad para el acceso a la justicia por la trascendencia para el desarrollo de los recursos administrativos, así como para proveer un espacio de adecuada protección jurídica de los administrados.

En este sentido, el reconocimiento de esta regla apuesta por el control que tiene lugar en los predios administrativos, elemento que permite a la Administración pública revisar sus decisiones antes de la implementación de los controles en sede judicial. Sin embargo, se ha sostenido acertadamente que tal vía, previa al proceso contencioso-administrati-

vo, constituye un privilegio de la Administración, justificable en la medida en que sirva de cauce para evitar controversias, no en los términos en que actualmente está configurada (Rivero, 1993, p. 225).

Por ello, desde el momento en que se retarda el acceso a la vía judicial, esta regla convierte el procedimiento administrativo de revisión en una carga para los administrados, más que en una garantía efectiva para la solución de controversias en esa esfera de actuación (Gordillo, 2006, s.p.), lo que explica la necesidad de fortalecer la ordenación de los procedimientos administrativos y, de manera especial, el régimen jurídico que le sirve de sustento a los recursos.

En el contexto jurídico nacional, la LPA [GOR-O (139), 2021, pp. 4071-4093], como su predecesora, la LPCALE (Mantecón, 2015, pp. 1-210), ratifica la permanencia del requisito del agotamiento previo de la vía administrativa, cuando dispone que el proceso puede promoverse, en todo caso, contra los actos, las disposiciones reglamentarias, actuaciones materiales y omisiones que no sean susceptibles de ulterior recurso en aquella, salvo las excepciones establecidas en la ley (Artículo 36), criterio que también ha sido reiterado por la máxima judicatura [S-TSP (32), 2021, s.p.; (91), 2021, s.p.; (119), 2022, s.p.].

A ello se adiciona que si el acto, las actuaciones materiales u omisiones proceden de una entidad no estatal o particular en el ejercicio de funciones administrativas, el interesado debe formular la reclamación previa ante el órgano u organismo administrativo regulador de la actividad (Artículo 37). A este respecto, solo cabe resaltar que la disposición de referencia constata la tesis de la necesidad de reforzar las garantías para que el procedimiento no sea una carga, sino que tribute a la protección jurídica de los administrados, antes del acceso a la vía judicial.

Por otra parte, la tendencia a la simplificación de los procedimientos administrativos (Sánchez, 2010, p. 480; Martín-Retortillo, 1998, pp. 7-37; Tornos, 2000, pp. 39-76; Cierco, 2000, pp. 358-420; Míguez *et al*, 2014, s.p.), como garantía para la seguridad jurídica, incorpora de manera más reciente, en las disposiciones normativas sobre el procedimiento administrativo común, además de legalidad y defensa, la noción de buena administración que complementa estos fundamentos.

Sobre esta idea, la máxima autoridad judicial del país ha sostenido que

> la buena administración, como noción jurídica no solo es necesaria para el adecuado cumplimiento de los niveles de eficacia y

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> eficiencia en la gestión de la cuestión pública, sino que, a partir de los postulados del Artículo 94 de la Constitución de la República de Cuba, es principio y deber jurídico rector de actuación administrativa, que conmina a los entes gubernativos al cumplimiento de patrones estándares en su funcionamiento en servicio del interés general. [S-TSP (536), 2022, s.p.]

De esta forma —como se ha destacado en otros espacios y reconoce Ponce (2001)—, en la ordenación de los procedimientos administrativos

> la Administración no puede elegir cualquier solución por mucho que emplee criterios extrajurídicos para ello. El ordenamiento jurídico desea que la Administración quiera decisiones que no lo vulneren, pero […] también que [esta] adopte buenas decisiones, que administre bien, en definitiva. Que cuando decida lo haga para servir de la mejor manera posible a los intereses generales. (p. 127)

Lo anterior debiera hacerse extensivo a todos los ámbitos de intervención de la Administración pública, como premisa para la adecuada gestión del interés general, aún más cuando resuelve controversias en su esfera de actuación [S-TSP (126), 2022, s.p.].

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN A LA LUZ DEL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 2019

La tendencia a la unificación y, al propio tiempo, simplificación del procedimiento administrativo constituye una pauta esencial para el mejor hacer administrativo, frente a las regulaciones sectoriales que limitan, en ocasiones, los ámbitos de actuación de la Administración pública (Richards, 2019, s.p.).

Sin embargo, en el escenario cubano actual, la inexistencia de un orden común para la regulación de los procedimientos administrativos constituye un freno para la ordenación con criterio general de los sujetos que intervienen en estos, el objeto de ordenación o de impugnación, y otros trámites —con un momento para su inicio, desarrollo y terminación—, reto que ha de afrontarse en las condiciones actuales de transformación y perfeccionamiento del sector público cubano. No obstante, la entrada en vigor de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116] generó nuevas condiciones para la mejora del régimen jurídico de la Administración pública y sus procedimientos en general.

El mandato constitucional de Cuba como Estado socialista de Derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria e indivisible, fundada en el trabajo, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva (Artículo 1) tiene en este referente iusfilosófico los fundamentos que deben conducir las relaciones entre los entes públicos y de estos, a su vez, con los particulares.

En esa nueva mirada para la organización estatal, la sujeción al Derecho, con especial atención al principio de legalidad, resalta como fundamento para la ordenación de las relaciones jurídico-administrativas. De esta forma, el texto constitucional dispone claramente que cumplir estrictamente la legalidad socialista es una obligación de todos. Los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, además, velan por su respeto en la vida de toda la sociedad y actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias (Artículo 9), lo que representa el cauce para la ordenación jurídica y un límite frente al ejercicio de la función administrativa, la cual, si se distancia de tal exigencia, conduce a la inobservancia del mandato contenido en el Artículo 7 del texto constitucional; además, semejante comportamiento reñiría con el buen quehacer en la actividad administrativa y colocaría en entredicho la transparencia e imparcialidad del funcionamiento de los entes públicos [S-TSP (444), 2022, s.p.].

Por otro lado, el mandato constitucional contenido en el ya referido Artículo 9 ha servido de punto de enlace para la articulación de otros principios ordenadores del procedimiento y la propia actividad administrativos, como lo son la toma de decisiones proporcionales y la interdicción de todo atisbo de arbitrariedad por los poderes del Estado. En este sentido, razona la S-TSP No. 24, de 24 de febrero de 2022:

> La Administración debe adecuar sus comportamientos a los fines previstos por el ordenamiento jurídico, siendo proporcional en sus decisiones, atendiendo a la intencionalidad y la naturaleza o entidad de los perjuicios causados, lo cual es una exigencia estricta del principio de legalidad a que se contrae el Artículo 9 de la Constitución de la República, habida cuenta de que, en el marco de la legalidad de la Administración, el equilibrio entre el ejercicio de las potestades administrativas y la esfera de

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> derechos de los ciudadanos, le impone el deber de respetar el principio de proporcionalidad. (s.p.)

Desde estas premisas, otros referentes constitucionales permiten colegir la posibilidad de ordenar, mediante una disposición normativa —con carácter general—, las reglas que puedan servir como guía a la actuación de la Administración pública, lo que no limita, por la propia naturaleza de las diferentes actividades que esta desempeña, la posibilidad de mantener una regulación jurídica en las disposiciones normativas inferiores. En esta línea de razonamiento, merecen especial mención las referencias al debido proceso —del que se ha derivado la aplicación de tal garantía al procedimiento administrativo— y a la tutela efectiva —hecha extensiva, asimismo, al ámbito procedimental—, como elementos esenciales para la ordenación de las vías administrativas.

En este sentido, la norma constitucional, en el capítulo VI del título V, dedicado a la garantía de los derechos regula, *prima facie,* que toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo (Artículo 94). Ello abre la posibilidad de protección general, en el ámbito contencioso y en las pautas de ordenación de lo que se ha denominado «debido procedimiento en sede administrativa», lo que pudiera hacerse extensivo también —en lo que corresponda— a la actividad administrativa.

La sala de la especialidad del TSP ha seguido esta línea de análisis, al razonar que las regulaciones contenidas en el señalado Artículo 94 de la Ley Fundamental constituyen garantías para un debido proceso, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo. Al respecto, afirma:

> Ello se traduce [en referencia al Artículo 94] en el despliegue de la función revisora atribuida al órgano judicial, no solo respecto a la legalidad del acto sometido al juzgamiento, sino, también, al cumplimiento por la Administración de los requerimientos indispensables para la emisión de la disposición cuestionada, o sea, el cauce por el cual se arribó a este […], lo que impone la subsanación de la anomalía señalada en aras de la transparencia y la justicia. [S-TSP (53), 2023, s.p.]

En consonancia con lo expresado, sigue desarrollando el precepto constitucional los derechos para las personas que, como garantía de la seguridad jurídica, pueden verse contenidos en estos artículos; así, deben resaltarse igualdad —en consonancia con el Artículo 13 d)

constitucional—, asistencia jurídica, derecho a aportar medios de prueba y solicitar la exclusión de aquellos que se determine, acceso a tribunal competente, derecho a una resolución fundada, interponer recursos, un proceso sin dilaciones indebidas, así como a la reparación por daños de diferentes conceptos con su respectiva indemnización.

Esta amplia gama de derechos refuerza la protección en sede procesal y extiende su tutela al ámbito administrativo, lo que permite colegir, además, algunas de las pautas generales para su ordenación común. A este respecto, la interpretación judicial desde la invocación de algunos de estos preceptos tiene un aporte esencial para la coherencia normativa, el adecuado ejercicio de la función administrativa y la protección de los derechos, lo que tributa a la construcción de los referentes para aquel propósito, reforzando la tesis de que parte de estos fundamentos pueden colegirse del texto constitucional vigente.

Lo anterior se razona desde la función educativa que encierra la propia actividad *juzgar*. Los órganos judiciales, en su función de impartir justicia, vienen comprometidos a resolver la litis sometida a composición judicial. Su cometido es aún mayor, pues deben fomentar, por medio de sus decisiones judiciales, una cultura jurídica entre los ciudadanos, la observancia consciente y voluntaria de sus deberes, y promover el respeto a las normas de convivencia social a fin de evitar o disminuir las fricciones que de estos puedan sobrevenir en la esfera de los derechos, tal como se reconoce en el Artículo 14 f) de la ley de organización y funcionamiento de los tribunales de justicia [GOR-O (137), 2021, p. 3933]. Por tanto, este cometido también irradia hacia la Administración pública, no solo mediante el imperio que comportan las exigencias de acatamiento de las decisiones judiciales, contenidas en el Artículo 151 de la Ley Fundamental [GOR-E (5), 2019, p. 101], sino, además, porque los análisis insertos en la motivación de aquellas constituyen directrices o criterios jurídicos atendibles para desarrollar adecuadamente su actividad, a falta de una norma que desarrolle el régimen jurídico de los entes públicos.

En consonancia con lo anterior, la ordenación común de los procedimientos tiene en el principio de igualdad un elemento esencial para su adecuada articulación; en Cuba pueden leerse los fundamentos de la igualdad como derecho y —cual en este caso—, en tanto presupuesto para el disfrute de otros derechos (Villabella, 2004, p. 322). En el caso específico de los recursos administrativos —por ejemplo— esta

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

igualdad debe interpretarse como el reconocimiento de la posibilidad de recurrir, y como igualdad en la tramitación y resolución de las controversias en este ámbito de actuación, cuestión que debe tenerse en cuenta en relación con la regulación actual referida a los recursos administrativos. Este elemento adquiere una connotación especial para el cumplimiento de los fines de interés general y se traduce en beneficio de los administrados, lo que ha de hacerse extensivo a la articulación de los procedimientos administrativos en general.

En este orden de ideas, el Artículo 94 b) constitucional [GOR-E (5), 2019, p. 86], para bien, está reforzando la garantía de asistencia jurídica en los casos que se requiera por la persona interesada, lo que representa una protección adicional, además de las complejidades que en ocasiones pudieran generar estos procedimientos en el orden técnico. Claro que, si bien no constituye un requisito indispensable, robustece la vía para el desarrollo expedito de estas actuaciones.

Ahora bien, no resulta posible hablar de igualdad en el procedimiento y derecho a la defensa, cuando el destinatario de la decisión o a quien potencialmente le pueda afectar no ha quedado enterado de la sustanciación del asunto en sede administrativa o desconoce del resultado de aquel, lo que pudiera empeorarse, a partir de la fuerza ejecutiva de la que disfrutan las decisiones de este ámbito.

Al respecto, se afirma:

> [La Administración] debió llamarla [a la reclamante] al procedimiento seguido en contra del infractor para que aquella ejercitara el derecho a la defensa de sus bienes e intereses legítimos, con independencia de que lo reglamentado expresamente no lo prevea, como regla fundamental de elemental justicia natural y en atención a los estándares de un buen hacer administrativo que debe incidir en el bienestar del ciudadano como garantía al debido procedimiento en sede administrativa, a tenor de lo establecido en el precepto acusado como vulnerado y, al no verificarlo así la Administración, soslayando la posibilidad de tomar en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente del caso. [S-TSP (627), 2021, s.p.]

En razón de la ausencia de notificación del acto, se ha sostenido que

> [constituye] un momento trascendental de ese íter procedimental, la notificación de la decisión final, como concreción del

> debido procedimiento en sede administrativa, pues, aunque el precepto 94 de la Constitución de la República de Cuba no se refiere a ello en específico, no cabe dudar que, es a partir de dicha diligencia de comunicación por la cual cobra eficacia el cuestionado acto y quedan legitimados los agraviados para impugnarlo ante el tribunal del orden administrativo. [S-TSP (50), 2021, s.p.]

Por tal razón, estos dos preceptos, interpretados holísticamente, constituyen pilares fundamentales sobre los cuales el máximo órgano de justicia ha insistido para una adecuada tutela efectiva de los derechos, por constituir cuestiones de esencial justicia y, por tanto, a lo cual se debe mirar para una apropiada ordenación de un procedimiento común o para perfeccionar aquellos procedimientos que existen, a fin de optimizarlos.

En lo que se refiere a las exigencias formales para la interposición, tramitación y resolución de los procedimientos administrativos, en general, sea para los que crean derechos o para aquellos que permiten la impugnación de tales, puede significarse el Artículo 94 g) con el derecho a tener un proceso sin dilaciones [GOR-E (5), 2019, p. 87]. Cuando se extiende este derecho al ámbito de la Administración pública de lo que se trata es de generar una vía expedita para el ejercicio de la función administrativa, así como para la solución de posibles controversias en su ámbito de actuación.

Téngase en cuenta, como criterio general, que a los efectos del procedimiento administrativo el principio de impulsión de oficio vincula a la Administración pública con las fases del procedimiento en todas sus formas, por lo que debe significarse que a ella corresponde dar curso a las exigencias de la tramitación, lo que explica además el rol que representa en la gestión del interés público. Asimismo, el antiformalismo —o como se prefiere llamar *formalismo moderado*— permite cumplir con dichos requisitos de múltiples formas y subsanar su ausencia cuando se produzca, a requerimiento en su caso de la propia Administración (Sánchez, 2010, p. 832).

Por otra parte, al cierre de los procedimientos administrativos no basta con que la Administración pública conteste, debe hacerlo en el tiempo establecido y conforme a las exigencias formales, a lo que habría que adicionar la valoración íntegra de las peticiones formuladas; criterio que completaría sus mecanismos de protección jurídica y, al propio tiempo,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

la satisfacción del interés general. De esta forma, el Artículo 94 e) [GOR-E (5), 2019, p. 87] establece la imposibilidad de que una persona pueda ser privada de sus derechos por resolución que no sea fundada de autoridad competente o por sentencia firme de tribunal, supuesto que, aunque pudiera restringirse a la limitación de derechos, exige el reconocimiento de criterios argumentados y razonados a este respecto.

En este ámbito, la S-TSP No. 118, de 31 de marzo de 2022, sostuvo que

> [la Administración] desestima la pretensión articulada sin ejecutar diligencia indagatoria mínima para argumentar cumplidamente el acto cuestionado, el cual contiene afirmaciones que de las actuaciones unidas como antecedentes no se constata [que] fueran verificadas, entre otras la veracidad y data de la ocupación por los inconformes en la morada paterna, y las circunstancias de la conducta de aquel que pudieran influir en la permanencia de sus entonces jóvenes hijos. (s.p.)

Por otro lado, en la S-TSP No. 119, de igual fecha, se insiste en la vulneración que significa no motivar adecuadamente las decisiones administrativas. Al respecto razona:

> [La Administración vulnera] además, los incisos c) y e) del Artículo 94 del texto constitucional, respecto al derecho a probar del reclamante y a recibir una decisión fundada, en tanto, el razonamiento lógico en que consiste la motivación o fundamentación de lo decidido, implica ser congruente con lo actuado y el resultado probatorio desplegado por los intervinientes y aquel incorporado de oficio por la autoridad administrativa, a partir de lo cual se justificaría la decisión acordada; y, al no entenderlo así [se] menoscaba el derecho/garantía a una tutela judicial efectiva que pauta el Artículo 92 de la Constitución de la República. (s.p.)

De lo expuesto anteriormente, se puede afirmar que, en definitiva, se trata de que la motivación sea expresión de la exposición y argumentación fáctica y jurídica con que la administración debe sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada (Gordillo, 2006, p. X-15). Ello trasciende la mera exposición de motivos y se extiende a la argumentación de estos, así como a la finalidad de los actos administrativos, como presupuesto indispensable para el adecuado cumplimiento de los intereses generales.

Por otra parte, resalta por vez primera desde la perspectiva constitucional, el reconocimiento al derecho a interponer recurso administrativo, en el artículo 94 f) [GOR-E (5), 2019, p. 87], lo que implicaría también en su resolución, una sustanciación y argumentación suficiente como garantía del debido procedimiento en sede administrativa; en lo que se refiere a la tramitación de los recursos administrativos, dos cuestiones que en el orden técnico-jurídico merecen destacarse además desde la mirada constitucional.

Por un lado —y en el entendido de que la interposición de un recurso administrativo hace nacer un procedimiento administrativo de naturaleza impugnatoria—, debe señalarse la regulación constitucional referida a los principios de organización y funcionamiento de los órganos estatales, entre los que destacan —con especial significación para el tema en examen— las relaciones entre los diferentes órganos, premisa que resulta esencial para su posterior regulación en leyes de desarrollo, máxime si se tiene en cuenta que los procedimientos administrativos tienen una propensión al diseño de mecanismos de control. El Artículo 101 de la CRC dispone que

> los órganos del Estado se integran y desarrollan su actividad sobre la base de los principios de la democracia socialista que se expresan en las reglas siguientes: [...] e) las disposiciones de los órganos estatales superiores son obligatorias para los inferiores; f) los órganos estatales inferiores responden ante los superiores y les rinden cuenta de su gestión [...]. [GOR-E (5), 2019, p. 88]

Por el otro lado —y sobre todo a los efectos del futuro perfeccionamiento de la regulación de los recursos administrativos—, se destaca el derecho a dirigir quejas y peticiones con un contenido y alcance desde el punto de vista técnico-jurídico. En el marco de los procedimientos de tal clase, el reconocimiento de este derecho —diferente al recurso administrativo—, tiene sus bases en la posibilidad de pedir ante la Administración pública, frente a posibles irregularidades que puedan ocurrir en los diferentes momentos del procedimiento.

Claro que, para estos casos y como se establece claramente en el Artículo 61 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 81], también hay un mandato expreso que reconoce el derecho, y la obligación de tramitar la solicitud y ofrecerle respuestas oportunas, pertinentes y fundamentadas, en el plazo y según el procedimiento establecido en la ley.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

En esta cuerda de análisis, destaca el Artículo 10 [GOR-E (5), 2019, p. 72] cuando dispone que los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados están obligados a respetar, atender y dar respuesta al pueblo, mantener estrechos vínculos con este y someterse a su control, en las formas establecidas en la Constitución y las leyes, lo que se hace extensivo también para la actividad de la Administración pública en sus diferentes esferas de actuación. De esta forma, queda clara la obligatoriedad de dicho ente público, de respeto, atención y respuesta, y como correlato de ello, la posibilidad de ser objeto de control, a través de las vías que se articulen para la garantía de cumplimiento de los fines de interés general.

Asimismo, nótese la potestad de los ciudadanos a acceder a la reclamación de sus derechos en las vías administrativa y judicial, cuestión que tiene repercusión también en la articulación de los procedimientos administrativos. A este respecto, se reconoce en el Artículo 98 de la Ley Fundamental [GOR-E (5), 2019] que

> toda persona que [sufra] daño o perjuicio causado indebidamente por directivos, funcionarios y empleados del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley. (p. 87)

En estos casos, aunque habrá de tenerse en cuenta como premisas fundamentales la actuación indebida causante del daño o perjuicio, así como el reconocimiento del derecho a reclamar y obtener la correspondiente indemnización, quedan al desarrollo *ex lege* los contenidos constitucionales, lo que, por supuesto, deja a estas regulaciones la ordenación de los criterios conforme a los que resulta indebida la actuación y, al propio tiempo, el alcance de la reparación o indemnización (Ramírez Sánchez, 2021, s.p.).

Sobre este aspecto, no ha sido uniforme el tratamiento por parte los operadores jurídicos en suelo patrio. Así, indistintamente, se habían asumido y tramitado reclamaciones de esta índole por los cánones de la jurisdicción civil y administrativa, lo cual limitó el desarrollo jurisprudencial al respecto, pese a encontrarse regulada dicha posibilidad —reclamación de daños patrimoniales a la Administración—, prevista tanto en la Constitución de 1976, como en la ordenación procesal inserta en el Artículo 658 de la derogada LPCALE (Mantecón, 2015, p. 162).

Mas, resulta significativa la existencia de dos sentencias de reciente data que reconocen la exclusividad de la jurisdicción administrativa para conocer de este tipo de reclamaciones. Así, sostiene el alto foro cubano:

> El resultado dañoso que se origina, tiene lugar en ocasión del cumplimiento de las funciones de la Administración pública y ello hace que los presupuestos y principios para su resarcimiento deban ajustarse al ámbito desde el cual se produce el supuesto daño, que es el del funcionamiento adecuado de la actividad administrativa, por medio del ejercicio de las prerrogativas de la administración, lo cual coloca a esta en una relación privilegiada con respecto al administrado, que a su vez encuentra el necesario equilibrio en las previsiones del Derecho administrativo encaminadas a compensar la situación de sujeción en que se halla con respecto a las potestades públicas, no articuladas tales previsiones desde el Derecho civil y su clásico sistema de responsabilidad jurídica; de suerte que, el deber de responder en este caso, toma como fundamento el Artículo 98 de la Constitución de la República de Cuba, en relación con el Artículo 9 del propio texto constitucional y se conoce como responsabilidad patrimonial de la Administración, cuya reclamación se canaliza a través de la jurisdicción administrativa, a tenor de lo establecido en el Artículo 658 de la derogada Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, vigente al momento de iniciarse el presente asunto y ratificada por la Ley No. 142, de 28 de octubre de 2021, «Del proceso administrativo», en su Artículo 10, pues constituye el cauce idóneo para garantizar el referido equilibrio entre el acierto de la gestión pública y la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos. [S-TSP (281), 2022, s.p.)

Por otro lado, los términos abstractos sobre los cuales se describe la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el texto constitucional, exigen una configuración legal. Algunos de estos elementos, teniendo bajo la mira la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 87], se pueden identificar en el Artículo 10 de la LPA, desde una interpretación conforme a la norma constitucional. De esta manera, la exigencia de la responsabilidad patrimonial derivada de la actividad administrativa deberá entenderse desde un carácter general, por cuanto ha de cubrir todo tipo de actuaciones de los entes públicos, y unitaria, en tanto se aplica a todas las administraciones públicas sin excepción [S-TSP (43), 2023, s.p.).

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

IV. DESAFÍOS PARA LA ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Los mecanismos de protección jurisdiccional de los administrados frente a la Administración pública en el ámbito jurídico nacional, datan de la segunda mitad del siglo xix, bajo el influjo colonial español (Matilla Correa, 2021) y su proceso evolutivo, a partir de cada momento histórico, ha ido marcando la ruta de un escenario meramente revisor a un contexto de ordenación jurídica para el mejor hacer en el ejercicio de la gestión pública.

Desde esta perspectiva, las transformaciones que sustentan la gran reforma procesal acaecida en Cuba desde 2021, propician un mejor escenario tanto para la impartición de justicia como para la organización y funcionamiento de la Administración pública, lo que sin lugar a dudas coloca en mejores condiciones para el cumplimiento de los fines de interés general.

Téngase en cuenta que la ya mencionada LPA constituye un mecanismo de control judicial y un espacio para proveer la adecuada gestión en el ámbito público. De tal forma, todo lo que se haga en función de su implementación, así como de corregir sus desviaciones, debe tributar a estos fines. En esta línea de razonamiento, se coincide con Matilla Correa (2022) cuando, valorando la trascendencia de la reforma procesal, avizora

> un escenario donde esos efectos no deben quedar solo en el plano de la justicia y de la defensa judicial de los derechos e intereses de las personas, sino también deben reflejarse en el mejoramiento de la eficacia del funcionamiento administrativo, en la revisión y transformación de los procedimientos y prácticas de la Administración pública de cara al tráfico jurídico todo. (p. 558)

Desde esta perspectiva y por su estrecha vinculación con los procedimientos administrativos de referencia y de manera especial con las pautas para su ordenación jurídica común, interesa a los efectos de este trabajo resaltar dos elementos, entre las grandes trasformaciones normativas en sede procesal administrativa (Matilla Correa, 2022, pp. 521-522).

Por una parte, debe destacarse la ampliación de los sujetos tanto en su legitimación activa (Artículo 23) como pasiva (Artículo 25). Ello

explica, en este último caso y en relación con los procedimientos administrativos y su ordenación común, la inclusión de la Administración pública y al propio tiempo de otras entidades y personas en el ejercicio de la función administrativa, como resultado de los diferentes actores que participan en un cambiante y complejo escenario para el desarrollo de la gestión pública.

Es que, en efecto, las transformaciones en la segunda mitad del siglo xx explican que la multiplicidad de espacios en los que habitualmente interviene la Administración pública, a partir del servicio que ha de prestar, no siempre pueden ser asumidos por aquella, dada la complejidad que paulatinamente adoptan los grandes centros urbanos, lo cual conlleva al desarrollo de organizaciones, empresas particulares a las cuales debe concurrir para proveer aquel, encomendándolo, mediante una concesión, y delegando a ese fin, en ellas, parte de sus poderes (Garcini, 1986, p. 207).

En adición a lo dicho, resulta claro que la jurisdicción contencioso-administrativa no alcanza a la actividad legislativa o jurisdiccional. Sin embargo, ha de llamarse la atención en que no toda la actividad de estos órganos está encaminada a estas funciones y, por el contrario, se desarrollan actividades propiamente administrativas —de personal, gestión y administración de medios para el cumplimiento de sus funciones—, que deben estar sometidas al Derecho administrativo. Según el Artículo 7 de la Ley No. 142 [GOR-O (139), 2021, p. 4073] corresponden también a la jurisdicción en materia administrativa las demandas que se establecen en relación con: a) La actividad en materia de personal funcionarial y de gestión de bienes o de contenido económico, de la ANPP y el Consejo de Estado, la Presidencia de la República, los gobiernos provinciales, las asambleas municipales del Poder Popular, los consejos electorales y los tribunales populares.

Por supuesto, tales modificaciones en la ingeniería organizacional de la Administración pública, condicionan que no sean exclusivamente los tradicionales entes públicos, aquellos llamados a responder y atemperar sus actuaciones a las pautas procedimentales que, a la vez de satisfacer las necesidades ordinamentalistas de la Administración pública, favorezcan su adecuado funcionamiento. Esto significa un sustancial paso de avance respecto al régimen procesal derogado, en tanto estos espacios hacia los cuales el titular de la función administrativa «ha descargado» su gestión —generalmente asociada al área de los

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

servicios—, constituían en no pocas ocasiones reductos de un deficiente funcionamiento, cuyo control se efectuaba a través de otros mecanismos (Olivarez, 2021).

En segundo orden, resalta la ampliación del objeto de conocimiento de los tribunales como se dispone en el primer artículo de la Ley No. 142 [GOR-O (139), 2021, pp. 4071-4093] y que se extiende tanto a las pretensiones en relación con los actos administrativos y disposiciones reglamentarias, como a las actuaciones materiales y omisiones de la Administración pública, y de otras entidades y personas en el ejercicio de la función administrativa.

En lo que a los actos se refiere, debe destacarse de manera específica el control judicial de los que se derivan de la potestad discrecional, lo que trae su cauce en la decisión administrativa de mérito y de oportunidad, fundamento que tiene un impacto en el procedimiento y los mecanismos de control a tales efectos para su posterior revisión en sede judicial. En apoyo de lo anterior, la Administración pública viene compelida, a ejercer adecuadamente esta potestad y, en todos los momentos, fundamentarla con suficiencia ilustrando, en cada caso, la coincidencia de aquella con el interés público que persigue o justifica la concreta política pública que respalda su actuación.

Cuando se impugnen actos que impliquen el ejercicio de potestades discrecionales, el tribunal controla que se hayan ejercido en la forma y en los marcos establecidos por el ordenamiento jurídico, sin que ello signifique sustituir a la entidad administrativa en la valoración del mérito, conveniencia u oportunidad de la decisión —Artículo 46 [GOR-O (139), 2021, p. 4079]. Por otro lado, queda establecido que, a los efectos del artículo antes mencionado, el tribunal controla: a) La competencia de la autoridad emisora por razón de la materia, el grado, el territorio o el tiempo; b) los hechos en los que se funda la decisión y su calificación jurídica; c) la motivación, con la debida exposición de las razones de fondo que justifican la decisión; d) la adecuación de la decisión a los fines específicos para los cuales el ordenamiento jurídico concede la potestad ejercida; e) la proporcionalidad entre el fin perseguido con la decisión adoptada y los medios empleados para su consecución; f) la correspondencia de la decisión con otras adoptadas en circunstancias análogas, de manera que no se produzcan tratos desiguales o discriminatorios ante supuestos similares —Artículo 47 [GOR-O (139), 2021, p. 4079].

En este sentido, la sala de la especialidad ha sostenido que

> la discrecionalidad conferida a la Administración es para la consecución de los concretos objetivos de interés general de la colectividad con respeto a los derechos de los ciudadanos y, por ende, solo puede operar, fuera cual fuese su alcance final, cuando se producen las concretas circunstancias de hecho previstas en la norma que atribuye tales poderes, quedando a cargo del órgano judicial comprobar la certeza de los hechos sobre los cuales se postula su ejercicio. [S-TSP (750), 2021, s.p.]

Esta formulación trae cauce además del ya mencionado Artículo 92 de la norma constitucional cuando reconoce el acceso de las personas a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos lo que refuerza el ámbito de control judicial frente al funcionamiento administrativo, la defensa del interés público y la garantía de la buena administración pública. En el entendido de que no basta con proveer el acceso —como fundamento del Estado socialista de derecho y de justicia social—, sino además propiciar todos los controles posibles como garantía de la seguridad y como presupuesto para la debida actuación administrativa.

A este respecto, aunque al día de hoy no se han presentado reclamaciones de esta naturaleza, a pesar del poco tiempo de vigencia de la citada Ley No. 142, es dable destacar la ampliación de la protección judicial de los derechos e intereses de las personas, lo que resalta el reconocimiento jurídico de la garantía para el acceso de conformidad con la ley.

Finalmente, la posibilidad de revisión judicial del resto de las actuaciones materiales y omisiones de la Administración pública como expresión también de comportamientos administrativos adquiere un valor adicional. En este sentido, la justiciabilidad de la mayor parte de los conflictos que se generan en tal ámbito tiene en la reforma procesal una fortaleza jurídica sin precedentes y, aunque perfectible como todos los procesos sociales, hoy resulta esencial cuidar de ella con especial esmero y de manera permanente, para garantizar los derechos de los administrados y que la Administración pública, en el ejercicio de su función, no se desvirtúe de los espacios de actuación de su competencia.

A este respecto, reconoce Matilla Correa (2022) que sujetar a la Administración pública y al funcionamiento administrativo, en general, a la mirada escrutadora y la voz de un juez que responda a los dictados más rectos y firmes de la justica no debe verse actualmente solo en términos de una

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

conquista o un logro bajo los auspicios del Estado constitucional, sino entenderse como un corolario ineludible, lógico, del balance que debe regir las relaciones sociales que comprende el fenómeno administrativo público y que exige, por un lado, la necesaria contención, encauzamiento y revisión del ejercicio del poder público (en este caso en concreto, el administrativo) y la garantía y protección de los derechos e intereses de las personas; pero, también, como una exigencia de que se reúnan todas las formas y medios pertinentes para corregir las actuaciones de ese poder público (administrativo) y para proveer a su eficaz funcionamiento entre los derroteros trazados por el Derecho (pp. 518-560).

De ahí el papel del juez para la interpretación de los contenidos de la ley como garantía de realización plena de este cometido, lo que, de la mano de otros mecanismos de control sobre el funcionamiento administrativo, irá cerrando pasos al ejercicio de la Administración pública, cuando actúe fuera de las competencias establecidas. Claro, la reforma procesal —como ha reconocido Mendoza Díaz (2022, p. 37)— revierte completamente la actuación judicial en esta materia en el país, lo que impone un desafío permanente para la mencionada interpretación y, también, para la aplicación de estos contenidos, cuestión que repercutirá en los controles que se diseñen para la Administración pública, obligada a la sujeción al Derecho en el ejercicio de su función.

En este orden, ha sido reflejo de lo expuesto el reconocimiento de la pauta de interpretación que dispone el Artículo 4.1 de la Ley No. 142 [GOR-O (139), 2021, p. 4072] como un indicador trascendental para medir el impacto de la reforma procesal; cuando se dispone que las normas procesales administrativas se interpretan de modo que favorezcan la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas y los pronunciamientos sobre el fondo de las pretensiones formuladas, se está poniendo especial atención en los mecanismos de defensa de los administrados frente a la Administración pública, lo que tendrá, a su vez, una repercusión en nada despreciable sobre el ejercicio de la función administrativa para la satisfacción del interés público.

En este sentido, ante la falta de ordenación común para el procedimiento, resaltan interpretaciones judiciales que propendan a asegurar una buena gestión de la actividad administrativa y, con ello, la convivencia nacional con respeto a la dignidad de la persona, con todo el conjunto de derechos que le son inherentes. En cualquier caso, como se ha referido en otros espacios, lo que se espera de la

Administración pública es que la dirección de lo público esté guiado por la mejora constante de la vida del pueblo en su conjunto, entendido este como la generalidad de los ciudadanos, en lo cual, mucho contribuirán en la conformación de los marcos jurídicos de esta las construcciones que, desde lo judicial, se realicen de los preceptos constitucionales que deben guiar dicho actuar (Olivarez, 2019).

V. CONCLUSIONES

La configuración del procedimiento administrativo común en Cuba constituye un desafío en las condiciones actuales de reforma del sector público. Las modificaciones en el ámbito jurídico, con especial atención a las que introduce el texto constitucional de 2019, constituyen mandatos de observancia obligatoria para la realización del Estado socialista de derecho y de justicia social.

Desde esta perspectiva, en los fundamentos constitucionales se consagran buena parte de las pautas que deben servir de guía para la ordenación de los modos de hacer en el ejercicio de la función pública, los que son de aplicación directa, mientras se provea la disposición normativa a este respecto. A ello se adiciona el valor que le imprime la interpretación judicial, desde la invocación de algunos de estos preceptos como presupuestos para la coherencia normativa, el adecuado ejercicio de la función administrativa y la protección de los derechos de los administrados, lo que tributa además a la construcción de los referentes para la ordenación común en este ámbito.

Al propio tiempo, cobra especial atención la reforma procesal en sede administrativa, si se tienen en cuenta las profundas transformaciones que introduce, así como el impacto que puede generar en la impartición de justicia y en el cumplimento de los fines de interés general, escenario nuevo que propicia mejores condiciones para el desarrollo favorable de parte de las trasformaciones que deberán implementarse en el sector público y, de manera específica, en sede administrativa.

VI. REFERENCIAS

Cierco Seira, C. (Mayo-agosto, 2000). La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia. *Revista de Administración Pública*, (152), 358-420. https://www.cepc.gob.es

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Garcini, H. (1986). *Derecho administrativo* (2.ª ed.). Pueblo y Educación.

Gordillo, A. (2006). *Tratado de Derecho administrativo* (t. 3, 8.ª ed.) Fundación de Derecho Administrativo.

Ley No. 140, De los tribunales de justicia. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (137), 3929-3975.

Ley No. 142, Del proceso administrativo. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (139), 4071-4093.

Ley No. 7, De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico. (2015). En Mantecón Ramos, A. (Rev.). *Ley No. 7, Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (ed. revisada y actualizada)*. Ediciones ONBC.

Martín-Retortillo Baquer, S. (Septiembre-diciembre, 1998). De la simplificación de la Administración pública. *Revista de Administración Pública,* (147), 7-37. https://www.cepc.gob.es

Matilla, A. (2021). *Breve historia de la justicia administrativa en Cuba hasta 1958*. UNIJURIS.

Matilla, A. (Enero-junio, 2022). Los "nuevos aires" del proceso administrativo en Cuba. *Revista Cubana de Derecho, 2*(1), 518-560. https://revista.unjc.cu

Mendoza, J. (Enero-junio, 2022). La reforma procesal multidireccional cubana derivada de la Constitución de 2019. *Revista Cubana de Derecho, 2*(1), 11-41. https://revista.unjc.cu

Míguez Macho, L., Almeida Cerreda, M. y Santiago Iglesias, D. (2014). La simplificación de los procedimientos administrativos. En *Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*.

Olivarez, Y. (Diciembre, 2019). La buena administración como principio del Derecho administrativo: su control judicial en Cuba. *Justicia y Derecho*, (33), 111-134. https://www.tsp.gob.cu/revistas-justicia-y-derecho/revista-justicia-y-derecho-no-333

Olivarez, Y. (Junio, 2021). Tres condicionantes para el rediseño de una nueva justicia administrativa cubana. *Justicia y Derecho*, (35), 74-88. https://www.tsp.gob.cu/revistas-justicia-y-derecho/revista-justicia-y-derecho-no-35

Ponce, J. (2001). *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad.* Lex Nova.

Ramírez Sánchez, A. (2021). La responsabilidad patrimonial del Estado. Panorama del régimen jurídico en Cuba. *Derechos en Acción*, *19*(19), 548-600. https://doi.org/10.24215/25251678e526

Richards, O. (2019). *Los recursos administrativos en Cuba. Fundamentos teóricos de su régimen jurídico.* Ediciones ONBC.

Rivero, J. L. (1993). Vía administrativa de recurso y jurisdicción contencioso-administrativa. En Barnés, J. (Coord.). *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*. Civitas.

Royo, A. (1948). *Elementos de Derecho administrativo* (t. 2, corregido por Segismundo Royo Villanova, 21.ª ed.). Librería Santarén.

Sánchez Morón, M. (2010). *Derecho administrativo. Parte general* (6.ª ed.). Tecnos.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Enero 29, 2021). (32), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Enero 29, 2021). (50), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Febrero 17, 2021). (91), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Agosto 31, 2021). (627), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Septiembre 30, 2021). (750), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Febrero 24, 2022). (24), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Marzo 31, 2022). (118), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Marzo 31, 2022). (119), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Abril 25, 2022). (126), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Octubre 25, 2022). (281), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Noviembre 21, 2022). (444), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 29, 2022). (536), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Febrero 21, 2023). (43), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular. (Febrero 28, 2023). (53), s.p. Legajo digital, casación administrativa, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, TSP.

Tornos Mas, J. (Enero-abril, 2000). La simplificación procedimental en el ordenamiento español. *Revista de Administración Pública,* (151), 39-76. https://www.recyt.es

Villabella, C. (2004). Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana. En Pérez, L. y Prieto, M. (Compil.). *Temas de Derecho constitucional cubano*. Félix Varela.

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Julio 12, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL TRABAJO: ACIERTOS E IMPERFECCIONES[1]

THE SOLUTION OF LABOR CONFLICTS: SUCCESSES AND IMPERFECTIONS

M.Sc. Aymee Fernández Toledo

Magistrada, Sala del Trabajo y de la Seguridad Social,
Tribunal Supremo Popular, Cuba

Código ORCID: 0000-0001-8041-2803

aimee@tsp.gob.cu

Resumen

El presente trabajo examina críticamente los aciertos y las imperfecciones del tipo procesal concebido para la solución de los conflictos del trabajo en el Código de procesos. Se toman como referencia los estudios doctrinales de reconocidos autores y los antecedentes normativos de la temática. En el razonamiento autoral, descuellan los imperativos constitucionales de acceso a la justicia, debido proceso y tutela judicial efectiva que, de la mano del principio protectorio, han de servir al judicial, en su rol de intérprete y aplicador de la ley, para asegurar la efectiva protección de los derechos de las personas trabajadoras. También se identifican algunos puntos de partida para el perfeccionamiento futuro de la disposición.

Palabras clave: Tutela judicial efectiva; justicia laboral; conflictos del trabajo; principio protectorio.

[1] Este texto se inscribe en la línea de investigación que desarrolla la autora, en el marco de sus estudios doctorales, relacionada con la tutela judicial efectiva de los derechos del trabajo. Sobre igual temática, se publicó un artículo en la *Revista Cubana de Derecho*. A diferencia de aquel, el que ahora se presenta profundiza en la evolución histórica de la justicia del trabajo en Cuba, el régimen probatorio y las insuficiencias del modelo procesal actual.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Abstract

This work critically examines the successes and imperfections of the procedural type conceived for the solution of labor conflicts in the Code of processes of 2021. The doctrinal studies of recognized authors and the normative background of the subject are taken as a reference. In the author's reasoning, the constitutional imperatives of access to justice, due process and effective judicial protection stand out, which, hand in hand with the protective principle, must serve the judicial system, in its role as interpreter and enforcer of the law, to ensure the effective protection of the rights of workers. Some starting points for future refinement of the provision are also identified.

Keywords: *Effective judicial protection; labor justice; labor disputes; protective principle.*

Sumario

I. Introducción; II. Bases del diseño normativo; 2.1 Enmarcamiento conceptual: Diversidad en la unidad; 2.2. Acceso a la justicia; 2.3. Positivización de principios de la justicia del trabajo; 2.3.1. Principio protectorio; 2.3.2. Principio de primacía de la realidad; 2.4. Reforzamiento de las garantías procesales; III. Otras singularidades del proceso; IV. Asuntos pendientes; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El catálogo de garantías jurisdiccionales incorporado a la Constitución de 2019 [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116] ejerció una innegable fuerza expansiva en la fisonomía procesal, pero, sin lugar a dudas, de todas las materias abarcadas por el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], la de trabajo y seguridad social —antes lastrada por serias limitaciones para el acceso a la justicia— es la que más se beneficia del influjo constitucional, para poner a las claras los vínculos recíprocos e inescindibles entre la ley fundamental y el proceso, entendidos por Couture como «un fenómeno natural dentro de los modos de aplicación del mismo» (1958, p. 24).

La teoría procesal, a lo largo de su evolución, se esforzó tanto en justificar la independencia de la acción respecto del derecho material a cuya realización propende, que acabó por olvidar o, en el mejor de los

casos, soslayar la naturaleza esencial del proceso como un instrumento para la tutela de los derechos; de ahí que, modernamente, el diseño de cualquier modelo procesal que pretenda ser efectivo deba partir de las necesidades del derecho sustancial que está llamado a proteger.

Con razón insiste Priori Posada (2003), recordando a Couture, en que:

> El proceso no existe por sí ni para sí, ni se debe a sí mismo. Por ello, una visión del proceso desde el interior del mismo hacia él mismo, es una mirada huérfana. Un procesalismo introvertido es un procesalismo decadente. El proceso debe ser visto desde fuera de él, para ver cómo él sirve a algo distinto a sí mismo (p. 274), [pues, en palabras de Marinoni (2007)] «el proceso, como técnica indiferente al derecho material, […] es algo inservible». (p. 14)

Los derechos del trabajo, constitucionalizados e internacionalizados como derechos humanos fundamentales,[2] no podrían ser sin contar con medios adecuados de protección, incluida, por supuesto, la posibilidad de defensa ante un órgano imparcial instituido por el Estado (Prieto Monroy, 2003, pp. 816-818; Ciudad Reynaud, 2011, p. 9; Arese, 2020, s.p.). Pero lo que hoy parece una verdad incuestionable no fue siempre así. La lucha por la eficacia de la tutela de los derechos del trabajo ha acompañado a esta disciplina desde sus orígenes.

Surgido como una necesidad derivada de la explotación a que condujo la Revolución Industrial (Buen Lozano, 1997, pp. 27-46; Montoya Melgar, 2002, pp. 23-36; Manuel Carballeda, 2009-2010, s.p.), el Derecho del trabajo se articuló en torno a la protección del trabajador, principio que lo ha sustentado hasta nuestros días y que, en el terreno procesal, tuvo dos expresiones singulares: una, el enfoque hacia la realización del derecho material, que, más allá de todo tecnicismo, supuso una combinación de las normas sustantivas y procesales en cuerpos normativos únicos (Barbagelata, 2002, pp. 37-68); la otra, la pronta conclusión de la no idoneidad del proceso civil para la defensa de esta clase de derechos y la consecuente búsqueda de vías propias de solución de conflictos

[2] La constitucionalización de los derechos laborales, como parte de los derechos sociales, se inicia con la Constitución de Querétaro, de 1917; continúa con la de Weimar, de 1918 y se extiende, rápidamente, a todas las leyes fundamentales del siglo xx. Su internacionalización, en cambio, arranca con la Constitución de la OIT, en 1919 y el amplio movimiento convencional generado por esta, y se profundiza luego de la II Guerra Mundial, con el empuje de los derechos humanos y el auge del sistema socialista.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

(Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2002, pp. 70-73; Menger, 2020, s.p.; Von Gierke, 2020, s.p.).

Al amparo de estas reflexiones, surgieron los primeros *Conseils de Prud'Hommes* en Francia (Halperín, s.f., s.p.), órganos de conciliación que —nacidos en Lyon, en 1806—, luego, se extendieron por Europa y constituyen el antecedente más remoto de lo que fueron, en la Cuba neocolonial, las comisiones de conciliación y las de inteligencia obrera[3] y, en la etapa revolucionaria, las de reclamaciones[4] y los consejos de trabajo,[5] que evolucionaron hasta convertirse en los actuales OJL.

También nacieron, en Alemania y España, los tribunales industriales —primera evidencia de la judicialización y especialización de la solución de conflictos individuales del trabajo, cuyos antecedentes se ubican en 1890 y 1908, respectivamente, en esos países (Buen Lozano, 1997, p. 32)—, en los que, de conjunto con el juez y en composición paritaria, intervenían representantes de los patronos y de los obreros. Tal variante tuvo expresión, en el medio nacional, en el Artículo 84 de la Constitución de 1940 (Torres Cuevas y Suárez-Suárez, 2018,pp. 517-518), bajo la denominación de comisiones de conciliación:[6] Se gestaron varios proyectos de leyes procesales del trabajo que intentaron desarrollar las previsiones constitucionales, pero aquellas nunca llegaron a instrumentarse.

[3] Ambas con una integración paritaria de patronos y obreros, y/o las organizaciones de estos, presididos por un funcionario del Ministerio del Trabajo (MT). El primero se ocupaba, esencialmente, de los conflictos colectivos, mientras que el segundo atendía las reclamaciones individuales de los obreros del sector marítimo portuario, aunque tenía competencias compartidas para la resolución de los conflictos y la reglamentación de la actividad en los puertos en que se constituían.

[4] El Artículo 6 de la nueva Ley de procedimiento laboral [GOR-E, 1961] disponía la integración paritaria de las comisiones por representantes de los trabajadores y empleadores, presididas por un funcionario designado por el MT, para la resolución de los conflictos en los centros que contaran con más de 10 trabajadores.

[5] Se constituyeron por la Ley No. 1166, De justicia laboral [GOR-E (2), 1964, pp. 1-8] y fueron perfeccionados con la Ley No. 8, De organización y funcionamiento de los consejos de trabajo [GOR-O (35), 1977, pp. 481-485].

[6] Como se aprecia, existieron dos órganos de solución de las controversias del trabajo con igual denominación, aunque con diferente composición y ámbito de actuación: las primeras fueron concebidas en el orden administrativo; y las segundas, en el judicial.

El siglo xix marcó el despertar hacia la construcción de vías de composición de conflictos adecuadas a los fines del Derecho del trabajo. El xx supuso un salto cualitativo con la aparición de la jurisdicción social, que se extendió, bajo diversas formas y denominaciones (Alonso Olea, 2002, pp. 9-19). Incidieron en esta evolución acontecimientos de gran calado histórico, como las dos guerras mundiales, el triunfo de la revolución rusa y la confrontación entre el bloque de países socialistas y el de los capitalistas (Guerra fría); en el plano jurídico, fue notable la influencia del constitucionalismo social, la internacionalización de los derechos sociales, sobre todo, luego del surgimiento de la OIT y de la II Guerra Mundial, la creación de las secretarías de Trabajo, como órganos de los Estados, encargados de promover internamente las políticas de empleo e implementarlas, y el movimiento codificador de los derechos del trabajo.

Hacia finales de la pasada centuria e inicios de esta, cobró bríos la búsqueda de la eficacia del sistema, cuajada en los movimientos por el acceso a la justicia y la reforma procesal. En la década del 70 se desarrolló el «movimiento por el acceso a la justicia», que tuvo su base en un estudio comparado entre diversos países de Europa y Norteamérica, denominado «Proyecto Florencia para el acceso a la justicia», en el que se analizó la diferente manera en que las condiciones económicas de las personas incidían en sus posibilidades de defensa. La investigación fue coordinada por el profesor italiano Mauro Capelletti, con la colaboración de Bryant Garth; los primeros resultados fueron publicados en 1978, en una obra de seis tomos; en lo sucesivo, vieron la luz disímiles trabajos de los autores sobre el mismo tema. En el ámbito de la OIT, resaltan los trabajos llevados a cabo por Barbagelata, en 1993, Ciudad Reynaud, en 2012 y Arese, en 2020, todos referidos a la eficacia de la justicia del trabajo en Latinoamérica. La cronología de las reformas procesales laborales en América Latina se inicia con la República Bolivariana de Venezuela (2002), a la que siguen Ecuador (2003), Chile (2005), Colombia (2007), Uruguay (2009), Perú (2010), Nicaragua (2012), Costa Rica (2012 y 2015) y Cuba (2021).

Inserto en esa evolución, el Derecho patrio recorrió similares caminos. A las comisiones de inteligencia obrera, creadas en la primera mitad del siglo xx —aparecieron con la Ley de 9 de junio de 1924—, se le unen, con competencias compartidas, una justicia administrativa y una judicial. Esta última podía discurrir por el proceso contencioso-administrativo o por el civil, según el contenido de la reclamación. El 15 de octubre de

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

1933, por el Decreto No. 2142, nació la Secretaría de Trabajo, que tuvo a su cargo la atención de los conflictos laborales, con competencia sobre las relaciones laborales, el salario, el empleo de los menores de edad y las mujeres, la seguridad del trabajo, la higiene y seguridad laborales, los horarios obligados de cierre de establecimientos comerciales, el descanso retribuido obligatorio, los paros y las huelgas. El Decreto-Ley No. 276, de 27 de enero de 1934, Ley básica del despido obrero, y el Decreto 798, de 13 de abril de 1938, Reglamento de los contratos de trabajo, instrumentaron una vía administrativa que concluía con un recurso de alzada ante el presidente de la República; esta decisión podía ser impugnada mediante el juicio contencioso-administrativo previsto en la Ley Santamaría de Paredes, de 13 de septiembre de 1888, hecha extensiva a Cuba, Puerto Rico y Filipinas por el Real-Decreto de 23 de noviembre de 1888. Por otra parte, las demandas de estricto contenido económico-salarial se sustanciaban por la vía civil, al amparo de la Ley de enjuiciamiento civil española de 1885, modificada para las islas de Cuba y Puerto Rico, en vigor desde el 1.º de enero de 1886, con las modificaciones introducidas por disposiciones posteriores.

Con la Constitución de 1940, se creó la jurisdicción del trabajo (reducida al plano meramente formal, debido a la situación política de la época), expresada en las comisiones de conciliación, antes mencionadas, y la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales del TSJ, desarrollada por la Ley No. 7, de 1949 (García, 2003, pp. 40-81).

Los primeros años de la etapa revolucionaria se caracterizan por la diversidad de formas de resolución de litigios, implementadas a la luz de la voluntad política de reparar las injusticias de larga data, cometidas durante la neocolonia. En este período, se privilegian las vías administrativas, hasta el punto de suprimirse la judicial, como establecían los artículos 25, 26 y 27 de la Ley No. 938 [GOR-E, s.n., 1961, s.p.].

Con la Constitución de 1976, que concentra la función judicial en el sistema de tribunales, y la Ley No. 7, De procedimiento civil, administrativo y laboral [GOR-O (34), 1977, pp. 417-479],[7] cuaja definitivamente la jurisdicción del trabajo (precedida por una vía previa obligatoria, que se sustanciaba ante los consejos de trabajo); sin embargo, esta se ve im-

[7] El Decreto-Ley No. 241 [GOR-E (33), 2006, pp. 325-334] le incorporó la materia de lo económico (actualmente mercantil), por lo que el texto pasó a denominarse Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE) (Mantecón, 2015, pp. 1-214).

pactada, a partir de la década del 90 del pasado siglo, por la exclusión de un número considerable de asuntos de la competencia de los tribunales, la supresión del recurso de apelación y, en estrecha vinculación con ello, la distorsión del proceso de revisión, con efectos negativos en la defensa de los derechos de los trabajadores.

El excesivo número de asuntos que se presentaban ante los tribunales y las consecuentes demoras en su resolución, condicionados por las circunstancias del país en esa etapa, fueron factores determinantes en tal decisión. Con el Decreto-Ley No. 176 [GOR-O (28), 1997, pp. 433-437], que tuvo una fase experimental desde 1990, los órganos de justicia laboral de base, actuales OJL, pasaron a ser la única vía de solución para los conflictos derivados de la imposición de medidas disciplinarias que no afectaran definitivamente el estatus laboral de los trabajadores; desapareció la doble instancia judicial y se limitó el procedimiento de revisión, en sede disciplinaria, a los casos en que se hubiera aplicado inicialmente la medida de separación definitiva de la entidad, cuadro acentuado por otras disposiciones que establecían procedimientos administrativos de solución, sin ulterior posibilidad de reclamación ante los tribunales (medida de separación del sector o actividad, algunos regímenes disciplinarios especiales). La práctica judicial procuró solucionar esa situación con las herramientas legalmente disponibles y, de esa forma, el proceso excepcional de revisión pasó a operar como un recurso ordinario, al ser la única manera de reparar las vulneraciones sustantivas y procesales que se generaban en aquellos asuntos que llegaban a los tribunales.

El CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], correlato imprescindible de las garantías procesales consagradas en la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116], reconfigura este escenario, desde una dimensión sustancial enfocada en la protección de los derechos —el signo teleológico arranca desde el primer artículo del texto, que define a Cuba como un Estado socialista de derecho y justicia social, organizado con todos y para el bien de todos, fundado en el trabajo, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos, para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva—, lo que se patentiza en el proceso sumario del trabajo y la seguridad social, que experimenta importantes transformaciones dirigidas a proporcionar una tutela judicial efectiva.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

II. BASES DEL DISEÑO NORMATIVO

2.1. Enmarcamiento conceptual: Diversidad en la unidad

Al remontarse a los albores del proceso del trabajo, se encuentra que este surge ante la incapacidad del civil para ofrecer una solución apropiada a los conflictos entre empleadores y trabajadores, dada su desigualdad originaria, determinada por las condiciones de subordinación en que se ejerce la prestación laboral y los amplios poderes conferidos a quien contrata (Menger, 2020, s.p.; A Buylla, 1910, p. 159; Couture, 1958, pp. 272-274; Fix-Zamudio, 1994, p. 104; Montoya Melgar, 2002, pp. 26-30). Este sustrato sirve de justificación, entre otras peculiaridades, a la necesidad de una regulación autónoma para los procesos de esta naturaleza, en la que tengan cabida aquellos principios e instituciones idóneos para la tutela efectiva de esta clase de derechos (Giglio, 1986, s.p.; Meza Salas, 2004, p. 2).

Lo anterior no niega el insoslayable valor de las categorías procesales generales y, si bien el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] responde a una concepción unitaria, centrada en los puntos de confluencia entre todas las materias jurídicas que se integran en él —civil, familiar, mercantil, de trabajo y seguridad social—, también considera las distinciones requeridas, desde la particular sustantividad de cada una de ellas, para el diseño de un modelo de proceso enfocado hacia la efectividad de la protección jurisdiccional.

De esta forma, el proceso del trabajo y la seguridad social se inserta en el tronco común sin perder su diversidad. Las previsiones de la Parte general —Libro I—, le son aplicables, con las particularidades que la norma indica, siempre que es preciso y cuenta con un esquema propio dentro del diseño del tipo procesal sumario que, por su celeridad y sencillez, es el que más se aviene a la naturaleza de estos asuntos: proceso sumario del trabajo y la seguridad social.

2.2. Acceso a la justicia

El acceso a la justicia, entendido como la posibilidad de toda persona de acudir ante el órgano del Estado al que incumbe la función jurisdiccional, para reclamar la protección de sus derechos e intereses legítimos, ha sido reconocido universalmente como una garantía de singular

relevancia, por su decisiva contribución a la defensa de los derechos en las sociedades contemporáneas.

En este sentido se pronuncian diversos autores, entre ellos Capelletti y Garth (1996), para quienes «el acceso efectivo a la justicia representa el derecho humano más importante en un sistema legal igualitario moderno que pretenda garantizar y no solo proclamar derechos» (pp. 12-13).

Por su parte, Pineda (2015) afirma que

> el acceso a la justicia es concebido como una especie de "derecho bisagra", en cuanto permite dar efectividad a los distintos derechos, civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales, abriendo el camino para reclamar su cumplimiento y así garantizar la igualdad y la no discriminación [pero, también, una] garantía imprescindible para asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos tanto en la normativa doméstica como internacional. (pp. 60 y 34)

Y esto es así, porque, como indica Ferrajoli (2014) «un derecho formalmente reconocido, pero no justiciable —es decir, no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales con procedimientos definidos— es [...] 'un derecho inexistente'» (p. 44).

El Artículo 8 de la Declaración universal de derechos humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley (*Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos*, 2005, p. 23), previsión que se complementa con el derecho a ser oído, consagrado en los artículos 10, de la propia Declaración, y 14, del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en tanto su ejercicio presupone el acceso al órgano judicial (*Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos*, 2005, p. 24).

Sin embargo, esta garantía esencial estaba seriamente afectada en el proceso del trabajo anterior al CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069]. La reforma llevada a cabo en la década de los noventa (con sustento en varias normas) condujo a diversas situaciones en las cuales no se podía acudir a los tribunales; en unos casos, porque se estimaba suficiente el conocimiento del conflicto por vías diferentes a la judicial y, en otros, porque se limitaba la cognición de los tribunales a las cuestiones de procedimiento (Fernández, 2018, pp. 60-75).

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

El Artículo 92 de la Constitución [GOR-E (5), 2019, p. 85] echó por tierra, tácitamente, cualquier limitación normativa para acudir ante los tribunales. En el criterio de la autora, el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] materializa el sentido restringido o estrecho de acceso a la justicia, también entendido, procesalmente, como la renovación de la teoría abstracta de la acción, sobrevenida tras la constitucionalización e internacionalización de los derechos procesales, desde la perspectiva de los derechos humanos, que le aporta a la institución matices diferenciadores de lo que fue en su origen. En palabras de Toscano (2013):

> Bajo la teoría de la acción procesal en sentido abstracto es posible afirmar que todo sujeto de derecho, tenga o no la razón desde el punto de vista del derecho sustancial, tiene derecho a ser escuchado en el proceso; esto sirve de fundamento al derecho de acceso a la justicia, que es un componente esencial del concepto de Estado de Derecho, pues legitima al proceso judicial como genuino instrumento institucionalizado de solución pacífica de controversias, al proscribirse la justicia por mano propia, [de tal manera que el acceso a la justicia, se asume como] el derecho a ejercer el derecho de acción. (s.p.)

El CPR [GOR-O (138), 2021, p. 3978] no solo reconoce expresamente la garantía —Artículo 2—, sino que también establece una gama de previsiones dirigidas a reforzar el acceso a la justicia, en el ámbito del trabajo y la seguridad social, entre las que cabe resaltar:

- La jurisdicción y la competencia se regulan de forma amplia para dar cabida a los diferentes tipos de conflictos individuales que puedan surgir como resultado del ejercicio del trabajo o en virtud de los regímenes de seguridad social instituidos, en condiciones de igualdad, sin hacer distinciones entre los trabajadores, de acuerdo con sus categorías ocupacionales, los grupos o segmentos en que puedan clasificarse ni los sectores de procedencia —artículos 24.3 y 25.3 [GOR-O (138), 2021, pp. 3981, 3982].

- Se prevé la jurisdicción exclusiva de los tribunales cubanos para conocer de algunos tipos de asuntos de marcada sensibilidad y trascendencia, como es el caso de «los derechos del trabajo de personas cubanas, con domicilio en [...] Cuba, contratadas por empleadores extranjeros, por intermedio de agencias o entidades cubanas y para prestar sus servicios fuera del territorio nacional» —Artículo 16, inciso d) [GOR-O (138), 2021, p. 3979].

Los foros de jurisdicción exclusiva no son más que reservas previstas en la ley para el conocimiento y resolución por los tribunales nacionales de determinados procesos, a pesar de la confluencia en ellos de elementos nacionales y extranjeros, como pueden ser los sujetos que intervienen en el contrato, el lugar de celebración de este o el de ejecución, entre otros, lo que se traduce en la nulidad de las cláusulas de sumisión a los tribunales foráneos —Artículo 18.1 [GOR-O (138), 2021, p. 3980]—, y en la imposibilidad de reconocer y ejecutar en el país las sentencias dictadas por estos —Artículo 473, inciso a) [GOR-O (138), 2021, p. 4042].[8] Por otro lado, siempre que concurran las circunstancias previstas en el Artículo 16, inciso d), del CPR, antes citado, los tribunales estarán impedidos de declarar la falta de jurisdicción.

Esta previsión protege a los trabajadores que se encuentren en la situación contemplada, en tanto es de esperar que la legislación nacional les ofrezca una tutela superior a la de cualquier otro país,[9] pero, a la vez, ampara los intereses cubanos en materia de cooperación internacional laboral, pues evita que, indirectamente, estos puedan ser enjuiciados por los tribunales extranjeros, al resolver una demanda de un ciudadano cubano.

Los demás asuntos del trabajo con la presencia de elementos nacionales y foráneos podrán ser conocidos por los tribunales patrios, al amparo de alguno de los foros de protección establecidos en el Artículo 17 del texto procesal [GOR-O (138), 2021, pp. 3979-3980].

• El juzgamiento de la mayoría de los conflictos, en primera instancia, continúa estando a cargo del TMP —Artículo 24.3 [GOR-O (138), 2021, p. 3981], eslabón primario del ST, más cercano al entorno del conflicto

[8] No pueden confundirse los foros de jurisdicción y competencia (referidos al tribunal al que corresponde el juzgamiento de un determinado asunto) con la legislación sustantiva, conforme a la cual este deba ser solucionado en la forma que prevé el Artículo 4, segundo párrafo, del Código de trabajo (CT), pues, en sentido general, es posible que un tribunal nacional dé solución a un caso aplicando una ley extrajera y viceversa.

[9] El panorama que exhiben los sistemas judiciales en el mundo confirma esta apreciación: las múltiples barreras para el acceso a la justicia, incluidas las de tipo económico; la lenta tramitación y solución de los procesos judiciales; el nulo o escaso control sobre la actuación y las decisiones de los jueces; la proliferación de escándalos de corrupción judicial; el descrédito y la desconfianza en el sistema de justicia, entre otros muchos males, se han convertido en patologías que lastran el noble propósito de esta función.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

y a las personas implicadas en él, en consonancia con lo refrendado en el Artículo 19.2 de la LTJ [GOR-O (137), 2021, p. 3935].

Este órgano judicial conoce de los asuntos de jurisdicción voluntaria, las demandas fundadas en vulneraciones de los derechos del trabajo y la seguridad social a corto plazo, y aquellas que tengan causa en la aplicación de las medidas disciplinarias, con excepción de la separación del sector o actividad, cuyo juzgamiento se atribuye, en primera instancia, al TPP, el que queda encargado de dilucidar, además, las demandas contra lo resuelto por la última instancia administrativa en materia de seguridad social a largo plazo, tal como en la actualidad, con la singularidad de que también pueden cuestionarse las decisiones discrecionales adoptadas en ese ámbito, como es el caso de la prevista en la disposición especial quinta de la Ley No. 105, De seguridad social [GOR-E (4), 2009, p. 24], entre otras contempladas en los regímenes especiales.

• Se establece que el tribunal competente, por razón del lugar, para conocer de las reclamaciones con causa en las infracciones disciplinarias o violaciones de los derechos del trabajo y de la seguridad social a corto plazo, es el del territorio donde se halle el centro o establecimiento en que se ejecuten habitualmente las actividades de trabajo, lo que aproxima la solución al contexto concreto de producción o servicios en el que se genere el litigio —Artículo 32.2 [GOR-O (138), 2021, p. 3984].

• Se facilita la presentación de la demanda, al contemplarse diferentes vías para llevarla a cabo, a elección del demandante, quien puede optar por interponerla ante el órgano de justicia laboral o la autoridad administrativa que haya resuelto la litis en la vía previa, el tribunal municipal popular competente o el que le resulte más cercano; en este último caso, el órgano judicial queda obligado a impulsar la promoción hacia el que debe conocerla. También se permite la interposición de demandas orales, como favorecía el Artículo 706 de la derogada ley procesal [GOR-O (34), 1977, p. 476] —Artículo 573.2.3 [GOR-O (138), 2021, p. 4057]—, práctica que había caído en desuso con la entrada en vigor del CT —Artículo 175 [GOR-E (29), 2014, p. 479]. En virtud del principio de igualdad, la contestación puede ser presentada en la misma forma establecida para la demanda —Artículo 532, aplicado por la vía de la doble supletoriedad resultante de los preceptos 579 y 557 [GOR-O (138), 2021, pp. 4050, 4057, 4054].

• Se regula la posibilidad de accionar cuando el órgano previo de solución no se pronuncie en el plazo establecido de forma injustificada, en evitación de que la obligatoriedad de acudir, previamente,

a otras formas de resolución establecidas en diferentes disposiciones normativas, pueda convertirse en un medio para restringir el acceso a la justicia, de tal suerte que, si bien el legislador ha previsto el agotamiento de la vía preliminar, siempre que se halle establecida, como un requisito de admisibilidad de la demanda, también ha ofrecido una solución, ante el silencio de aquel a quien le correspondía resolver. El pronunciamiento judicial precisa de la solicitud del actor, quien debe acreditar la fecha de presentación de la reclamación y la inactividad del órgano o la autoridad en el caso concreto —Artículo 572.4 [GOR-O (138), 2021, p. 4056].

• Se restablece el recurso de apelación contra las decisiones definitivas recaídas en la primera instancia judicial municipal y provincial, pero, cuando se trate de los autos que declaren la inadmisión de la demanda o que pongan fin al proceso y hagan imposible su continuación, la parte interesada tiene que agotar el recurso de súplica para, luego, poder instar la apelación. Lo mismo acontece con los autos dictados en el trámite de ejecución de sentencia referidos a puntos sustanciales no controvertidos en el proceso ni decididos en la ejecutoria, o en contradicción con los términos de esta —Artículo 420 [GOR-O (138), 2021, pp. 4031-4032]. El recurso de apelación contra las decisiones del TMP es conocido por el TPP y el que se interpone contra las resoluciones de este, por el TSP.

• El recurso de apelación y la oposición a este pueden formularse por escrito o verbalmente, tal como acontece para la demanda de primera instancia, y su contestación —Artículo 421 [GOR-O (138), 2021, p. 4032].

En síntesis, el reforzamiento del acceso a la justicia, en cuanto a los derechos del trabajo y la seguridad social, resulta notable, salda una deuda de larga data y está llamado a erigirse en un elemento determinante de la reivindicación del valor del trabajo en el modelo social, así como de la legitimidad del Estado socialista de derecho, proclamado en el Artículo 1 de la Ley fundamental [GOR-E (5), 2019, p. 71].

2.3. Positivización de principios de la justicia del trabajo

2.3.1. Principio protectorio

El principio tutelar, protectorio o de favorabilidad de la persona trabajadora preside toda la construcción dogmática del Derecho

ISSN EDICIÓN IMPRESA: 1810-0171
RNPS: 0504

del trabajo, tanto en el plano sustantivo como en el procesal y, por vez primera, en el ordenamiento jurídico instrumental patrio, encuentra plasmación positiva —Artículo 9.4, CPR [GOR-O (138), 2021, p. 3979]—, como manifestación de la igualdad efectiva entre las partes, paradigma este radicalmente diferente al de igualdad formal, por cuanto reconoce las diferencias originarias entre las personas y la desigual manera en que estas pueden afectar las posibilidades de defensa de sus derechos e intereses, lo que, de forma preclara, comprendió el iuslaboralismo, al plantear el principio de desigualdad compensatoria, también llamado de igualdad por compensación.

Al respecto, reconoce Fix-Zamudio (1994) que

> la rama del proceso en la cual se inició esta nueva orientación de la igualdad real de las partes fue el derecho procesal laboral, que surgió precisamente debido a la comprobación de que en los conflictos obrero-patronales existe una parte débil: el trabajador. (p. 104)

En sentido similar, se pronuncia Couture (1958), para quien «el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras desigualdades» porque «el derecho procesal del trabajo es un derecho elaborado totalmente en el propósito de evitar que el litigante más poderoso pueda desviar y entorpecer los fines de la justicia» (pp. 275-276).

La fórmula que conmina al órgano judicial a asumir una posición activa en los procesos y adoptar las medidas que se requieran para evitar situaciones de indefensión, se hace patente, con gran nitidez, en la previsión comentada, pero también, en el apartado tres del propio precepto, en el que se faculta a aquel para realizar los ajustes que, razonablemente, se requieran, a fin de garantizar la participación y defensa de las personas en situación de vulnerabilidad —en el sentido que las definen las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2019, p. 3)—, como pudiera ser el caso de los trabajadores comprendidos entre 15 y 18 años de edad, a quienes se les podría designar oficiosamente un defensor, siempre que se cumpla lo previsto en el Artículo 83 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 3992], sin descartar otras precauciones.

Los principios comentados se evidencian, asimismo, en varios preceptos generales, de los cuales el proceso del trabajo se beneficia particularmente. A modo de ilustración, valga citar:

• El Artículo 293 [GOR-O (138), 2021, p. 4019], en el que se reconoce la carga dinámica de la prueba y, en consecuencia, se permite al tribunal redistribuir el *onus probandi* hacia la parte que se encuentre en una posición más favorable para demostrar un hecho —facilidad probatoria—, lo que, con frecuencia, acontece en el ámbito del trabajo, por ser el empleador el que, como regla, tiene a su cargo los documentos acreditativos de la existencia de la relación de trabajo y sus incidencias.

El CPR, como la ley procesal precedente, mantiene la regla tradicional de la carga de la prueba, conforme a la cual a cada parte incumbe probar los hechos que afirme y los que oponga a los alegados por las otras —Artículo 290 [GOR-O (138), 2021, p. 4019]—, de lo que sigue que el actor tiene que probar los hechos en los que funda la demanda (*actori incumbit onus probandi*), mientras que el demandado solo es responsable de hacerlo cuando plantea una «defensa cualificada» (hechos impeditivos, extintivos o excluyentes), no cuando simplemente niega los hechos, en cuyo caso puede ejercer el derecho a la prueba, pero no recae sobre él la responsabilidad de probar. De esta forma, en el régimen probatorio diseñado por el CPR la inversión de la regla tradicional a la que propende la carga dinámica viene a ser una excepción. *Contrario sensu*, en los asuntos del trabajo, está llamada a operar con mucha mayor amplitud, en tanto se convierte en un mecanismo de corrección de la desigualdad originaria presente en las relaciones de trabajo.

• Los artículos 294 y 295 [GOR-O (138), 2021, p. 4019], de conformidad con los cuales el tribunal puede atribuir valor probatorio al incumplimiento de la parte a la que se haya trasladado la carga de allegar una determinada prueba o a la conducta evasiva o resistente de alguna de ellas en la práctica de las pruebas que requieran de su participación —dimensión objetiva de la carga de la prueba—, lo que puede constituir un instrumento sumamente eficaz en aquellos casos en que los empleadores obstaculicen la obtención de los medios de prueba, sin olvidar que el CPR ha colocado un estándar probatorio superior al proceso de trabajo y seguridad social, al imponerle al órgano judicial la obligación de practicar las pruebas necesarias para formarse convicción sobre los hechos; de ahí que no pueda conformarse, sin más, con la inacción de las partes —Artículo 292.3 [GOR-O (138), 2021, p. 4019].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

En el esquema cubano, signado teleológicamente por la búsqueda de la justicia y de la aproximación a la verdad, el proceso no queda a disposición de las partes, de modo que las consecuencias de la no satisfacción de la carga de la prueba solo se impondrán cuando el tribunal, aun agotadas las facultades que se le confieren en el orden probatorio para salir al encuentro de la realidad del controvertido, en ocasiones, como complemento de la actividad de las partes —ámbitos civil y mercantil—, en otras, como obligación derivada de la naturaleza de los derechos e intereses en litigio, que lleva hasta a suplir la inactividad de las partes —ámbitos familiar y del trabajo—, no logre tener por demostrado el hecho en cuestión.

Los estándares probatorios indican el umbral de suficiencia de la prueba que debe alcanzarse en un proceso para fundamentar una resolución condenatoria, el que difiere en los procesos civiles y mercantiles, por una parte —certeza sobre el controvertido—, y los familiares y del trabajo, por la otra —convicción sobre los hechos. Ambos son expresión de un grado probabilístico de acaecimiento de un hecho, a partir del material probatorio recopilado, pero mientras la certeza expresa la versión lógicamente más plausible de los hechos servidos por las partes, la convicción es incompatible con otra interpretación o lectura de los hechos que no sea la declarada por el tribunal, o, dicho en otros términos, que los acontecimientos, racional y epistémicamente considerados, solo pueden haberse producido del modo en que declara la sentencia. Resulta obvio, entonces, que el umbral probatorio, en el segundo caso, es superior, pues existe menos margen para la incertidumbre. Ello recuerda los estándares probatorios más conocidos, provenientes del *common law*: la «probabilidad preponderante» y el «más allá de toda duda razonable», empleados en los predios del derecho civil y el penal, respectivamente.

• El Artículo 580.1 [GOR-O (138), 2021, p. 4058] faculta al tribunal para reducir los plazos establecidos en la ley hasta la mitad, cuando lo amerite la urgencia del asunto, circunstancia recurrente en los asuntos del trabajo, dada la necesidad a que conduce la privación del empleo, como medio de subsistencia del trabajador y su familia.

Los derechos del trabajo, como parte de los «derechos sociales» protegidos por el CPR, han sido sometidos a un mecanismo de tutela reforzada, de lo cual dan cuenta el impedimento de tener por acreditadas, sin más comprobación, las alegaciones de parte que recaigan sobre materias indisponibles —Artículo 331 [GOR-O (138), 2021, p. 4023]—, la imposibi-

lidad de alcanzar una solución por la vía de la conciliación cuando las pretensiones no estén a merced de las partes —Artículo 538.1 d) [GOR-O (138), 2021, p. 4051]— y la posibilidad que se confiere al tribunal para resolver *ultra* o *extra petita*, a condición de que se satisfagan los requisitos previstos en el Artículo 62 [GOR-O (138), 2021, p. 3989].

Otro tanto aportan la tutela cautelar —artículos 221-289 [GOR-O (138), 2021, pp. 4010-4019]—, hasta ahora sin precedentes en el ámbito procesal del trabajo, y las amplias facultades que se conceden a los tribunales para impartir justicia —artículos 55 al 64 [GOR-O (138), 2021, pp. 3988-3989]— y hacer cumplir las decisiones judiciales —Artículos 469-472 [GOR-O (138), 2021, pp. 4041-4042]—, que aseguran la diferenciación de la protección jurisdiccional, como premisas de la verdadera igualdad de la defensa en juicio y la tutela judicial efectiva.

Peyrano (2009) explica que

> habrá tutela diferenciada cuando —excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama— se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos, y, notoriamente, de las matrices vigentes clásicas. (p. 21)

En la misma cuerda, Marinoni (2007) sostiene que «siendo diferentes las situaciones carecedoras de protección jurisdiccional, se torna obvia la necesidad de técnicas procesales diferenciadas, pues un único procedimiento jamás tendrá aptitud para dar cuenta de situaciones materiales distintas» (p. 235).

2.3.2. Principio de primacía de la realidad

El contrato de trabajo es comúnmente identificado como el «contrato realidad», en atención al carácter dinámico de las relaciones de esta naturaleza, que conduce a dar preminencia al fondo sobre la forma, a la voluntad real, manifiesta en las expresiones concretas de la relación de trabajo, con independencia de que lo que conste, formalmente, en

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

el pacto que le haya dado origen; ello gracias a la configuración del principio de primacía de la realidad, lo que, para Plá (1978, s.p.), «en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos», según indica Podetti, quien encuentra su fundamento en la buena fe, la desigualdad entre las partes, el repudio al fraude y la simulación de ilícitos, y la necesidad de interpretar racionalmente la voluntad de las partes en orden al acto jurídico celebrado entre ellas (1997, p. 149).

La primacía de la realidad es la salida que encuentra el Derecho del trabajo para matizar la rigidez del sistema de prueba tasada civil, en el que a cada medio probatorio se asignaba un valor predeterminado que el juez no podía desconocer. Modernamente, aquella se asimila al principio de veracidad o, en palabras de Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, de «materialidad de la verdad» (2002, p. 77).

Bien examinada la cuestión, se constata que la primacía de la realidad es una de las manifestaciones procesales del principio protectorio, pues el Derecho del trabajo no podría cumplir su función tuitiva si el proceso no tuviera por norte la aproximación a la verdad, lo que, por otra parte, tampoco es viable sin el activismo judicial, de modo que la dupla veracidad-activismo se imbrica indisolublemente en ese todo configurado por el también denominado principio de favorabilidad de la persona trabajadora.

Valga, entonces, como complemento de los comentarios expuestos en cuanto al régimen probatorio y las potestades de los tribunales, hacer mención a la regla de la sana crítica, consagrada en los artículos 14, 61.2, 295, 331, 342, 348, 365, 372, 396 y 398, del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3979, 3989, 4019, 4023, 4024, 4026, 4027, 4029], en la que subyace la máxima *in dubio pro operario*, toda vez que, si agotadas por el órgano judicial las facultades que se le confieren en el orden probatorio, no logra superar el estándar de prueba y formarse convicción sobre los hechos, debe resolver en el sentido que resulte más beneficioso para el trabajador.

2.4. Reforzamiento de las garantías procesales

La proyección de un modelo procesal garantista no es más que la afiliación a eso que la doctrina ha denominado «debido proceso» y

que, pese a su dificultad conceptual,[10] se presenta como «un parámetro mínimo de proceso que busca materializar la tutela jurisdiccional efectiva» (Beraun y Mantari, s.f., s.p.), «una actividad ordenada en y hacia la justicia [...], conforme con un o unos principios [...] y que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material» (Prieto Monroy, 2003, pp. 816-817). En síntesis, una sumatoria o combinación de principios y garantías que permiten al proceso cumplir su finalidad prístina: la protección del derecho sustancial.

De esta forma, se imbrican oralidad, inmediación, contradicción, concentración y economía procesales, publicidad, veracidad, igualdad y lealtad, entre otros, como requisitos del debido proceso, en una convivencia equilibrada entre sí y en su interrelación con los principios de la función judicial, reconocidos en el Artículo 13 de la LTJ [GOR-O (140), 2021, pp. 3931-3933]: imparcialidad e independencia judiciales, juez natural, proactividad, participación popular directa y obligación de resolver —*non liquet*.

Pero el tema neurálgico para la evaluación de la eficacia de los procesos del trabajo, universalmente, ha radicado en la celeridad (Ciudad Reynaud, 2012, s.p.), dada la situación de urgencia o necesidad con que el trabajador acude a ellos.

Con anterioridad al CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], se contaba con un diseño procesal muy rápido, que permitía solucionar el conflicto en sede judicial en un lapso de entre 24 y 40 días aproximadamente, pero, en función de ello, mermaba algunas garantías de defensa, lo que, en el esquema actual encuentra un mejor equilibrio. En este sentido, resaltan:

- La incorporación del trámite de contestación de la demanda, que permite a trabajadores y empleadores articular mejor la defensa de sus respectivas posiciones, y, al tribunal, informarse mejor sobre el conflicto. El

[10] Para Olaso Álvarez es un «concepto jurídico indeterminado», en la medida en que la tarea de precisar, en cada caso, su contenido y alcance queda encomendada al intérprete (s.f., s.p.); Alvarado Velloso lo aborda como una «garantía innominada o negativa», dado que es más fácil establecer qué no es un proceso debido (s.f., s.p.); Gozaíni lo señala como un concepto «abierto y abstracto» (s.f., s.p.) y Agudelo Ramírez lo presenta como una institución «problemática, vaga y equívoca», con base en la dificultad para delimitar los principios y garantías que lo integran (2004, p. 90).

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

demandado dispone de un plazo de 10 días para personarse y contestar, el que puede ampliarse, sin exceder otros 10, cuando aquel resida fuera de la demarcación en que el tribunal tiene su sede o concurra alguna otra circunstancia que lo haga aconsejable. La no contestación de la demanda no produce, como efecto, la conformidad con los hechos afirmados en ella, dada la naturaleza indisponible del objeto del proceso —artículos 553 y 554 [GOR-O (138), 2021, p. 4054].

• La desaparición de la carga que pesaba sobre las partes de acudir a la comparecencia: el demandante, para sostener su pretensión, sin lo cual se le tenía por desistido; y el demandado, para poder contestar la demanda, a cuyo efecto no tenía otra oportunidad. De modo que, en lo adelante, la incomparecencia de las partes solo tiene, como principal efecto, la continuación del proceso —Artículo 545, con relación al 536 [GOR-O (138), 2021, pp. 4052, 4050].

• El reforzamiento de la oralidad, que se extiende a otros actos diferentes de la audiencia, como es la interposición de la demanda, la contestación, el recurso y su oposición —artículos 573.3, 574, 554.1 y 421 [GOR-O (138), 2021, pp. 4057, 4054, 4032]. A diferencia de la ley procesal anterior —el Artículo 718 expresaba que las sentencias se consignarían «por escrito» [GOR-O (34), 1977, p. 477]—, el CPR [GOR-O (138), 2021] no prevé que las sentencias tengan que dictarse, necesariamente, así; por el contrario, el Artículo 145.2 (p. 4000) establece que, en el transcurso de las audiencias, el tribunal puede adoptar decisiones de forma oral, lo que abre las puertas a la sentencia *in voce*, incorporada a los procesos del trabajo de varios países de la región (por solo citar tres ejemplos: las leyes procesales de Nicaragua, Venezuela y Costa Rica).

Aunque, en general, el proceso experimenta una extensión, con relación a su duración anterior, el tribunal dispone de amplias facultades para asegurar la protección de los intereses en conflicto, entre las que se cuentan el régimen cautelar y la posibilidad de reducir los plazos hasta la mitad, siempre que la urgencia del asunto lo demande, como ya se explicó, de modo que la celeridad se conjuga, armónicamente, con las demás garantías procesales.

Asimismo, favorece la prontitud la opción de prescindir de la celebración de la audiencia, cuando el debate se contraiga a cuestiones de mera aplicación técnica del Derecho o de interpretación de la ley, o a hechos cuya justificación resulte de los escritos y documentos presentados, como permite el Artículo 534 [GOR-O (138), 2021, p. 4050],

por imperio de la doble supletoriedad consagrada en los artículos 579 y 557 [GOR-O (138), 2021, pp. 4057, 4054], que reconducen al proceso ordinario, con la reducción de los plazos a la mitad.

• La aplicación y delimitación del principio de la *non reformatio in peius* en la primera instancia judicial, también viene a reforzar las garantías de las partes. Con anterioridad al CPR [GOR-O (138), 2021, p. 3977-4069], no existía ninguna previsión normativa en este sentido. La vigencia de tal principio en los procesos del trabajo fue una construcción jurisprudencial, que llegó de la mano del Acuerdo No. 242 (14 de junio de 1980), Dictamen No. 97, del CG-TSP, desarrollado, luego, en varias resoluciones del máximo órgano de justicia. Esta posición se sustenta en la especial configuración del proceso del trabajo que, en muchos casos, cuenta con una vía previa extrajudicial de resolución del conflicto, lo que hace que la demanda, necesariamente, tenga que estar asociada a la decisión recaída en ella y, por consiguiente, que la sentencia judicial también encuentre límites en esa decisión; de ahí que pueda sostenerse la aplicación de principios propios de los medios de impugnación, como la necesidad de gravamen y la interdicción de la reforma en perjuicio de quien reclama.

En este sentido, el Artículo 578.2 [GOR-O (138), 2021, p. 4057] prevé que en los procesos de trabajo y seguridad social, que hayan contado con una vía previa de solución de conflictos, «la decisión judicial de primera instancia está impedida de agravar la situación del demandante, salvo cuando resulte ineludible por razón de legalidad», lo que, en cualquier caso, requiere pasar por la contradicción, a tenor de lo dispuesto en los preceptos 62 y 547 [GOR-O (138), 2021, pp. 3989, 4052], a diferencia de la práctica prevaleciente con anterioridad, basada en el Artículo 714 de la ley ritual derogada [GOR-O (34), 1977, p. 476].

Por su parte, el apartado tres del señalado Artículo 578 complementa la interdicción de la reforma en peor, al establecer que,

> en los procesos seguidos por infracciones de la disciplina laboral no se puede imponer sanción mayor ni más grave que la dispuesta en la vía de reclamación previa, salvo cuando, siendo esta más beneficiosa que la inicialmente aplicada por el empleador, la demanda se promueva por este.

• La recuperación del carácter excepcional del proceso de revisión, en protección de la seguridad jurídica, es otro de los elementos que aporta garantías al diseño procesal del trabajo, pues, conformada la doble ins-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

tancia judicial para esta clase de asuntos, se imponía reducir las posibilidades de impugnación de las resoluciones firmes, como, en definitiva, se logró con los motivos enunciados en el Artículo 442 [GOR-O (138), 2021, p. 4035], con un margen más estrecho que los de injusticia notoria, improcedencia, arbitrariedad o ilegalidad, previstos en el Artículo 178 del CT [GOR-E (29), 2013, p. 480] antes vigente, precepto que quedó derogado por el apartado dos de la disposición final cuarta del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4069].

III. OTRAS SINGULARIDADES DEL PROCESO

En este ámbito jurisdiccional, se incorporan los asuntos de jurisdicción voluntaria, previsión que permitirá reconocer judicialmente los acuerdos a que arriben los empleadores y trabajadores entre sí o por los métodos alternos de solución de conflictos, como paso previo para que el cumplimiento de estos pueda ser reclamable ante los órganos judiciales.

Se simplifican los requisitos de la demanda, que debe incluir las identificaciones del demandante, el demandado, el centro de trabajo en que se produjo el conflicto, el motivo y la pretensión de la reclamación, y las pruebas de que intente valerse el accionante. A aquella la acompañan la decisión recaída en la vía previa o, en su defecto, los datos necesarios para que el tribunal pueda reclamarla de oficio.

El CPR, como la ley antecedente, reconoce la capacidad procesal del trabajador, por el mero hecho de serlo, con independencia de su edad —Artículo 82.3 d) [GOR-O (138), 2021, p. 3992]. Por consiguiente, los jóvenes entre 15 y 17 años, autorizados, excepcionalmente, para trabajar, son capaces para demandar y ser demandados. Este precepto se complementa con el Artículo 175.1, del Código de las familias [GOR-O (99), 2022], en el que se establece que

> la persona menor de edad que, conforme a la legislación laboral, tenga concertado contrato de trabajo por el cual ejerce algún empleo, se presume autorizado por los titulares de la responsabilidad parental para concertar todos los actos jurídicos concernientes al empleo. (p. 2927)

No obstante, cuando el tribunal advierta que la edad coloca al trabajador en una situación de vulnerabilidad que le impida defender adecuadamente sus derechos, puede convocar al fiscal o nombrarle un

defensor, previsión que es válida, igualmente, para otros segmentos poblacionales, en circunstancias similares, como es el caso de los ancianos y las víctimas de violencia en el trabajo.

Los procesos de esta naturaleza no requieren de la representación letrada. El trabajador puede comparecer por sí o hacerse representar por un familiar, un representante sindical o cualquier otra persona de su elección, lo que se formaliza mediante un escrito simple —no requerido de la intervención notarial—, o por la declaración ante el secretario del tribunal.

El fiscal puede intervenir en los asuntos de esta materia como actor o demandado. Siempre es demandado cuando se ventilen intereses de personas menores de edad —trabajadores entre 15 y 17 años de edad— y personas en situación de vulnerabilidad, pero el tribunal debe darle traslado cuando advierta la conveniencia de su participación, en atención al interés social presente en el asunto, a fin de que pueda personarse para ejercer las facultades legales que le corresponden, lo que puede resultar especialmente conveniente en aquellos casos en que se presenten reclamaciones similares de varios trabajadores, con una connotación colectiva.

El proceso se concentra, en lo posible, en una sola audiencia, que se señala en el plazo de 10 días posteriores de la contestación de la demanda, acto oral que se regula con mayor coherencia, para permitir el saneamiento del proceso y una eventual conciliación, en los casos en que sea posible, toda vez que el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo limita esta salida procesal.

Cuando no pueda agotarse la práctica de las pruebas en un solo acto, estas se culminan en un plazo general que no exceda de 30 días, prorrogable por cinco más, por causas justificadas, a cuyo efecto se señala otra audiencia. La sentencia se dicta en un plazo que no exceda de 10 días de haber quedado conclusas las actuaciones.

Inscrito en el diseño general del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], el proceso del trabajo asimila el reforzamiento de las facultades de los tribunales para hacer cumplir sus decisiones, mediante las conminaciones económicas y personales que pueden imponer a quienes se resistan a cumplirlas, y los requerimientos que están facultados a cursar a los órganos del Estado y otras instituciones u organizaciones, a efectos de que los auxilien en la ejecución de lo dispuesto.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

IV. ASUNTOS PENDIENTES

El modelo procesal vigente representa, sin duda, un paso de avance con respecto a su predecesor. Sin embargo, pensado desde la exigencia de efectividad que debe satisfacer la función jurisdiccional, aún tiene deudas que saldar. La tutela judicial efectiva constituye la más importante de las garantías con que cuentan las personas para la defensa de sus derechos. Su trascendencia es tal que puede legitimar o, por el contrario, deslegitimar el ejercicio de la función jurisdiccional y, con ella, el funcionamiento del Estado.

Modernamente, la teoría del proceso, fuertemente influida por el neoconstitucionalismo, asiste a un cambio de paradigma en el que la tutela judicial efectiva se transmuta en la efectividad de la tutela judicial, cuestión para nada semántica, pues, más allá del conjunto de garantías formales componentes de la institución, lo verdaderamente trascendente es la satisfacción de los intereses de la justicia.

Ilustra esta postura Marinoni (2007), quien acota que

> el proceso debe ser entendido como un instrumento capaz de dar protección a las situaciones carentes de tutela. En este sentido, el juez no puede conformarse con una interpretación que concluya en la incapacidad del proceso para atender al derecho material, pues ello sería lo mismo que negarle valor al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva [...]. (p. 13)

Similar parecer exhibe Priori Posada (2019), cuando sostiene que

> los institutos procesales solo encuentran sentido en la medida que permitan la realización de los valores constitucionales, dentro de los cuales está la efectiva protección de todos los derechos ante cualquier situación de amenaza o lesión. Esta misión se asume al tener como parámetro esencial el respeto por la dignidad de la persona. (p. 45)

Picó i Junoy (2012), por su parte, a propósito de la confrontación ideológica eficientismo *vs.* garantismo, que ha escindido el escenario procesal en dos polos, desde los que se generan posiciones, a veces, descarnadas, afirma que «[…] el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes» (p. 1).

De esta manera, el proceso se reconcilia con el derecho material. Tal visión presupone que el diseño procesal se adecue a las necesidades particulares de las situaciones urgidas de protección. En el Derecho del trabajo, ello no puede ser asumido si no desde la perspectiva del principio protectorio. A dos años de la implementación del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], se identifican diferentes problemáticas que trascienden a la efectividad de la tutela judicial de los derechos del trabajo; algunas, de orden político-normativo; otras, de índole práctica, asociadas a los patrones asumidos, consciente o inconscientemente, para la interpretación y aplicación de las disposiciones normativas.

En el primer grupo, resaltan las incoherencias entre el proceso concebido para la solución judicial de los conflictos y los procedimientos previos por los que estos deben transitar, los que no fueron actualizados a la par de la norma procesal y, por consiguiente, carecen de algunas de las garantías previstas en este texto y en la Constitución.

Otra cuestión que merece especial consideración es la diversidad de vías previas de solución actualmente vigentes. En las entidades del sector estatal, actúan los OJL, pero existen determinados asuntos que no pueden ser conocidos por ellos, al estar sujetos a procedimientos administrativos (medida de separación del sector o actividad, procedimientos disciplinarios especiales —directivos y funcionarios, trabajadores civiles de las FAR y el MININT, trabajadores del ST, la FGR, la CGR, la AGR—, cuestiones de seguridad social a largo plazo, entre otros). En cambio, en las formas cooperativas y asociativas, y en las llamadas *mipymes*, actúan los órganos internos de estas, de acuerdo con los reglamentos o estatutos que las rigen; si la norma interna no contempla la vía previa de solución, entonces, los interesados acuden directamente al órgano judicial competente en razón de la materia.

La solución de compromiso adoptada para la inclusión de la materia del trabajo junto a las demás abarcadas por el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] impidió el abordaje integral del «sistema de justicia laboral», lo que, en el criterio de la autora, ameritaba una disposición autónoma.

Asimismo, se aprecia la exclusión de los conflictos colectivos del ámbito jurisdiccional del trabajo. Como consecuencia de ello, continúa presentándose una pluralidad de demandas individuales que tienen en su trasfondo un conflicto colectivo de los denominados *jurídicos*, es

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

decir, concerniente a la interpretación y aplicación de las disposiciones normativas en las que se reconocen derechos del trabajo. Esto genera una multiplicidad de procesos con identidad de objeto, que conllevan a un desgaste innecesario de las partes y el órgano judicial. Por consiguiente, también queda fuera la legitimación de la organización sindical para intervenir como parte en esos litigios y la sentencia genera efectos solo para quien haya reclamado, no así respecto a los demás trabajadores que puedan encontrarse en igual situación.

Tampoco encuentran cabida el reconocimiento y la ejecución de las decisiones firmes adoptadas en las vías extrajudiciales, lo que da lugar a situaciones de indefensión a las personas en caso de incumplimiento, pues solo los tribunales disponen de facultades para la ejecución forzosa —*imperium*.

Valdría la pena, por otro lado, cuestionar si el carácter limitado del recurso de apelación, por el que se ha decantado el legislador, al circunscribir la posibilidad de proponer pruebas en la segunda instancia a situaciones concretas —Artículo 425, CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4032]—, resulta adecuado al propósito tutelar del proceso del trabajo. En criterio propio, a ese fin sería preferible un recurso abierto, en el que el tema probatorio tuviera la ocasión de ser reproducido ante el tribunal *ad quem* o, dicho en otros términos, en el que no se hiciera depender la garantía que representa la prueba y su rexamen en la vía de impugnación de la iniciativa judicial. En el ámbito del trabajo son diversas las circunstancias que pueden conllevar a que la prueba no se agote en la primera instancia o a que las practicadas resulten insuficientes.

Especialmente nociva puede considerarse la combinación entre la inacción de parte, atribuible muchas veces al trabajador que comparece por su propio derecho y desconoce la dinámica procesal, y la omisión del tribunal *a quo*, en el cumplimiento de su función de compensar tal limitación —Artículo 9.4 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 3979]—, por los medios que la ley le ofrece, incluidas la subsanación de la demanda y la instrucción oportuna al interesado, y la prueba de oficio.

Cierto es que el tribunal tiene la facultad —o más bien la obligación— de disponer las pruebas necesarias para formarse convicción sobre los hechos —Artículo 292.1.3 [GOR-O (138), 2021, p. 4019]—; sin embargo, el no ejercicio de este poder-deber en la primera instancia es difícilmente rebatible en apelación, especialmente, cuando va asociado a la inacción oportuna de la parte interesada, lo que, en resumen, podría

traducirse en una lesión al derecho de fondo. Por supuesto, un tópico de tal calado requeriría de un análisis más exhaustivo del que es posible realizar en estas líneas. Baste, entonces, por el momento, la enunciación de la problemática.

Se suma a este cuadro la aparición de nuevas disposiciones normativas que restringen la posibilidad de acceder a los tribunales en algunos tipos de asuntos,[11] de conjunto con una interpretación restrictiva del texto procesal que veta el acceso a los órganos judiciales de determinados segmentos de empleados, al amparo de disposiciones normativas especiales anteriores a la vigencia de la Constitución y la ley adjetiva, y, en consecuencia, tácitamente derogadas por ambas.

Otro elemento es la inexistencia de previsiones claras sobre los contenidos y alcances del principio protectorio, lo que, asociado al «riesgo de la estandarización», puede conllevar a que no se tomen en cuenta las distinciones necesarias entre los diferentes tipos de relaciones de trabajo, trabajadores y derechos del trabajo, dentro de la propia especialidad y también con respecto a los que se ventilan en otros órdenes jurisdiccionales. Ello pone en riesgo la virtualidad de principios tales como la indemnidad del trabajador y la proscripción de la indefensión.

Especial relieve reviste, de cara a la armonización de los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y la legalidad, la inexistencia de contornos claros para la conciliación y la derivación a la mediación, en tanto la ley establece, como único requisito para la procedencia de estas, la disponibilidad de las pretensiones, sin distingos para la materia laboral. La libertad conferida en este ámbito al intérprete pudiera poner en riesgo la efectividad de los derechos.

Con todo, es cierto que el proceso sumario del trabajo y de la seguridad luce más aciertos que desatinos. Sobre las sombras que aún persisten en él se continuará profundizando, en el afán de contribuir a que el proceso se erija en aquello que Couture (1958) denominó «el medio insuperable de la justicia misma» (p. 194).

[11] El Decreto-Ley No. 67, de 22 de noviembre de 2022 [GOR-O (133), 2022, pp. 4018-4028], relativo a las relaciones de trabajo de los funcionarios y otros trabajadores designados, solo permite reclamar contra la evaluación del desempeño por violaciones del procedimiento (Artículo 11.4, p. 4021). El derecho a la defensa queda en una ilusión cuando quien reclama no puede ser escuchado en relación con los argumentos de fondo en los que se basa.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

V. CONCLUSIONES

El CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] introduce modificaciones sustanciales en el diseño procesal del trabajo y de la seguridad social, las que parten de su imbricación en las categorías procesales generales, pero con el reconocimiento expreso de otras que le son propias y encuentran, en su texto, una regulación particular.

El nuevo proceso de trabajo y seguridad social satisface ampliamente las exigencias constitucionales y, en consecuencia, garantiza la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores y empleadores, en condiciones de efectiva igualdad.

No obstante, aún existen aspectos que requieren de mayor desarrollo normativo e interpretativo para que, de la mano del principio protectorio, el proceso satisfaga el estándar de efectividad que la Constitución le impone. La tutela judicial es efectiva o, sencillamente, no es tutela.

VI. REFERENCIAS

A Buylla, A. (1910). *La protección social del obrero (acción social y política)*. Librería general de Victoriano Suárez.

Alonso Olea, M. (2002). Noción e historia de los procesos del trabajo. En Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e Instituto de Estudios del Trabajo Inc. *Derecho procesal del trabajo*, 9-21. Dalis.

Arese, C. (octubre, 2020). *Acceso a la tutela judicial efectiva laboral en países de América Latina*. https://www.ilo.org/global/publications/working-pa-pers/lang--es

Barbagelata, H. H. (2002). Tendencias de los procesos laborales en América Latina. En Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e Instituto de Estudios del Trabajo. *Derecho procesal del trabajo*, 37-67. Dalis.

Beraun, M. y Mantari, M. (s.f.). *Visión tridimensional del debido proceso. Definición e historia*. http://www.justiciaviva.org.pe/jvnn/05/art/visiontridi.doc

Buen Lozano, N. de (1997). El nacimiento del Derecho del trabajo. En Buen Lozano, N. de y Morgado Valenzuela, E. (Coords.).

Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 27-46. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Capelletti, M. y Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de Cultura Económica.

Ciudad Reynaud, A. (2011). *La justicia laboral en América Central, Panamá y República Dominicana*. OIT.

Ciudad Reynaud, A. (2012). Nuevos sistemas procesales de trabajo en América Latina: Relatoría principal presentada en el Taller sobre Derecho Procesal del Trabajo, en el XX Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Couture, E. J. (1958). *Estudios de Derecho procesal civil* (t. 1). Ediar.

Decreto-Ley No. 176. (Agosto 15, 1997). GOR-E (28), 433-437.

Decreto-Ley No. 241. (Septiembre 27, 2006). GOR-E (33), 325-334.

Decreto-Ley No. 67. (Diciembre 27, 2022). GOR-O (133), 4018-4028.

Ferrajoli, L. (2014). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (8.ª ed.). Ibáñez, P. A. y Greppi, A. (Trads.). Trotta.

Fix-Zamudio, H. (1994). La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. *Ius et Veritas*, (8), s.p.

Giglio, W., Krotoschín, E., Vázquez Vialard, A. y Miranhão, Dèlio D. *et al.* (1986). *Derecho procesal del trabajo. Lecturas seleccionadas*. OIT.

Halperín, J. L. (s.f.). *Création des Conseils de Prud'Hommes*. https://francearchives.fr/commemo/recueil-2006/39549

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2005). *Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos*. IIDH.

Ley No. 7, de 31 de mayo de 1949. En García Belaunde, D. (2003). *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, 40-81. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Ley No. 938, Nueva Ley de procedimiento laboral. En *Leyes del Gobierno Provisional de la Revolución* (vol. xxix). (Marzo, 1961). Lex.

Ley No. 105, de Seguridad social. (Enero 22, 2009). GOR-E (4), 15-25.

Ley No. 116, Código de trabajo. (Junio 17, 2014). GOR-E (29), 453-483.

Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.

Ley No. 156, Código de las familias. (Septiembre 27, 2022). GOR-O (99), 2893-2995.

Manuel Carballeda, A. J. (septiembre de 2009-agosto de 2010). La cuestión social como cuestión nacional, una mirada genealógica. *Palobra* (11), s.p.

Marinoni, L. G. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Palestra.

Menger, A. (2020). *El Derecho civil y los pobres*. Posada, A. (Trad.). Olejnik.

Meza Salas, M. M. (2004). Autonomía del Derecho procesal del trabajo en la Ley orgánica procesal del trabajo y la aplicación del proceso civil al laboral. En F. Parra Aranguren, *Ley orgánica procesal del trabajo. Ensayos*. Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

Montoya Melgar, A. (2002). El proceso laboral en la doctrina española del Derecho del trabajo. En Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e Instituto de Estudios del Trabajo. *Derecho procesal del trabajo*, 23-35. Dalis.

Peyrano, J. W. (2009). Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada. *Revista de Derecho Procesal*, (1). Rubinzal-Culzoni.

Picó i Junoy, J. (enero-junio de 2012). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado. *Cuestiones Jurídicas, IV*(1), 11-31. http://www.redalyc.org/articulo.a?id=127523423002

Pineda Neisa, A. S. (2015). Reflexiones para el debate. En H. Ahrens, F. Rojas Aravena y J. C. Sainz Borgo (eds.). *El acceso a la justicia en América Latina: retos y desafíos*. Universidad para la Paz, s.p.

Podetti, H. A. (1997). Los principios del Derecho del trabajo. En Buen Lozano, N. de y Morgado Valenzuela, E. (Coords.). *Instituciones del Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 139-153. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Prieto Monroy, C. A. (diciembre de 2003). El proceso y el debido proceso. *Universitas*, (106), s.p.

Priori Posada, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones materiales. *Ius et Veritas*, (26), 273-292. http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16248

Priori Posada, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Pontificia Universidad Católica de Perú.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. http://www.corteidh.or.cr

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2002). Los principios informadores del proceso del trabajo. En Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e Instituto de Estudios del Trabajo. *Derecho procesal del trabajo.* Dalis, 69-103.

Torres Cuevas, E. y Suárez-Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones. Constituciones, estatutos y leyes constitucionales en Cuba entre 1940 y 2012* (t. 2). Imagen Contemporánea.

Von Gierke, O. (2020). *Las raíces del contrato de servicios*. Olejnik.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Octubre 5, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

LA DOBLE CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL ACTUAL

DOUBLE COMPLIANCE IN TODAY'S CRIMINAL PROCEEDINGS

Dra. Maricela Sosa Ravelo
Vicepresidenta, Tribunal Supremo Popular, Cuba
Código ORCID: 0000-0003-4665-722X
maricela@tsp.gob.cu

Resumen

Este trabajo tiene el propósito de ilustrar cómo se cumplimenta, en la Ley No. 143, Del proceso penal, la conformidad judicial como garantía del derecho a la defensa y del debido proceso, estipulado en los artículos 94 y 95 de la Constitución de la República de Cuba.

Palabras clave: Doble conformidad; acceso al recurso; alcance del conocimiento del recurso; motivación de la sentencia; recurso de casación.

Abstract

This work has the purpose of illustrating how, in Law No. 143, On Criminal Procedure, judicial compliance is fulfilled as a guarantee of the right to defense and due process, stipulated in articles 94 and 95 of the Constitution of the Republic of Cuba.

Keywords: *Double conformity; access to the resource; scope of knowledge of the resource; motivation of the sentence; cassation resource.*

Sumario

I. Introducción; II. Ámbito conceptual de la doble conformidad judicial; III. Elementos que configuran la doble conformidad judicial;

3.1. Acceso al recurso en la LPP; 3.2. Alcance del conocimiento en el recurso; 3.3. La motivación de la sentencia y su relación con el alcance en la decisión; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El Artículo 94 de la CRC, de 10 de abril de 2019 [GOR-E (5), p. 87], definió que toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en el inciso f), entre los derechos, reconoce el de interponer recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan.

De igual manera, el Artículo 95 refuerza el derecho a la defensa y la presunción de inocencia, siendo necesario para su plena consecución que, en la legislación procesal, se encuentre debidamente garantizada la doble conformidad judicial, consistente en que la sentencia no alcance fuerza de cosa juzgada sin antes ofrecerle al condenado la oportunidad de que un tribunal distinto al que lo juzgó examine la resolución judicial que considera que le ha provocado un agravio, lo cual se logra únicamente con un catálogo de medios de impugnación que lo permita.

La doble conformidad judicial se encuentra estrechamente relacionada con el régimen de los recursos —Ayan (1985) los define como una manifestación de voluntad de quien ataca una resolución jurisdiccional que se considera ilegal y agraviante, a fin de que el tribunal que la dictó, u otro de grado superior, provoque un nuevo juicio lógico o una nueva fase procesal (p. 41); mientras D'Álbora (1999) entiende que es un acto procesal, de parte, enderezado a mejorar en su favor una resolución judicial o eliminarla— y esa estrecha relación se debe a que la posibilidad de una revisión amplia del juicio que sirvió de base a la sentencia resulta la vía de concretar dicha garantía, extendiéndose no solo a las cuestiones de Derecho, sino también a las fácticas (p. 783). Chiovenda (1940) agrega que una sentencia es injusta cuando existe un error de Derecho y de hecho, si hay insuficiente demostración o valoración de este (p. 326).

Después de concluida la II Guerra Mundial, cuando se reconoce al doble conforme como garantía, comienza el debate acerca de cómo alcanzarlo mediante los recursos: si a través de la única o doble instancia; si debe o no el tribunal de rexamen acceder a la nueva valoración de los hechos y la prueba, sobre todo en aquellos procesos en que la sen-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: 1810-0171
RNPS: 0504

tencia se ha dictado precedida de un juicio oral, público, contradictorio y con inmediación de los jueces con las pruebas y, en ese sentido, también se cuestiona si es suficiente el recurso de casación en su forma tradicional, concebido con fines nomofilácticos y de uniformidad en la aplicación del Derecho.

La doble conformidad judicial entra en crisis cuando el único recurso que se prevé no permite la revisión integral de la sentencia; el acusado resulta absuelto en primera instancia y es condenado por el recurso y la norma no establece impugnación contra esa resolución; se declaran inimpugnables las sentencias dictadas por un órgano o en aquellos casos en que, por un proceso de revisión, la persona absuelta resulta sancionada por el TSP.

El presente trabajo tiene como objetivo evaluar el cumplimiento de la doble conformidad judicial en la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], que entró en vigor en Cuba el 1.º de enero de 2022.

II. ÁMBITO CONCEPTUAL DE LA DOBLE CONFORMIDAD JUDICIAL

Desde una perspectiva procesal, a la doble conformidad judicial le corresponde un importante papel en la actuación del Derecho y la resolución de conflictos sociales, pues se inscribe en el desarrollo de los sucesivos actos que dan vida y ponen fin al proceso, teniendo en cuenta que este constituye la vía para la realización de la justicia. Álvarez-Tabío (1981) señala que no se puede concebir la jurisdicción sin el proceso (p. 373), al tiempo que Montero, Ortells y Gómez (1991) sostienen que función jurisdiccional y proceso son realidades correlativas e interdependientes (p. 461).

En el proceso penal, que no puede ser visto como el típico proceso de partes del Derecho privado, entre otras razones porque no operan las reglas de la autonomía de la voluntad típicas del civil, y en tanto no puede el enjuiciado disponer de su condena de manera integral, ni aun en vía recursiva, se deben aprovechar todas las oportunidades posibles para intentar rectificar vicios o errores que puedan afectarlo, de forma tal que hasta en aquellos casos en que sea solo el fiscal quien recurre, el tribunal tenga la libertad, e incluso la obligación, de alterar los límites fijados por el recurrente, siempre que dicha modificación beneficie la situación del enjuiciado (Maier, 1996, p. 594).

Lo anterior justifica que, en materia penal, la facultad fiscalizadora del órgano del recurso no esté limitada solo a los derechos o agravios invocados por la parte que impugna, sino que las normas procesales prevean el efecto extensivo de la impugnación, cuando resulta favorable a otros reos que ofrecieron su consentimiento con la resolución.

Para Mendoza (2001), la doble condena conforme o doble conformidad con la condena es la posibilidad o seguridad de poder obtener, en dos ocasiones distintas, la reafirmación de la pena impuesta, como garantía indispensable para la ejecución penal (p. 39); mientras que Maier (1996) afirma que se desenvuelve como una garantía para poner en marcha la instancia de revisión, y requerir así su verificación, en términos de «dos veces el mismo resultado es igual a gran probabilidad de acierto en la solución» (p. 43), garantía de la cual es dueño el acusado (Maier, 1999, p. 43); en sentido similar, opinan Chiovenda (2005, pp. 543-544), Zaffaroni (2000, p. 23), Brewer-Carias (2006, p. 63) y Calamandrei (1961, p. 202).

Ferrajoli (1996) introduce un aspecto interesante, al plantear que es el derecho del imputado a tener no solamente un doble juicio concordante en caso de condena: en hipótesis, esto sería un tercer juicio, cuando el primero fuera de absolución y el segundo, de condena y, solo si se confirmara esta última, puede tenerse por bien cumplido el derecho al doble conforme condenatorio (pp. 447-448). Con la propia orientación, se pronuncia Maier (1999, p. 707-709).

López y Horvitz (2005) consideran que el doble conforme se identifica con el derecho a lograr un nuevo juicio, cuando se comprueba que la condena no se sostiene frente al recurso, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por el tribunal que la dictó o en la solución jurídica del caso (p. 350).

El criterio anterior lo refuerza Ferretti (2012), al entender que el doble conforme se erige, también, directamente sobre la fijación de los hechos, que no solo exige el examen de la motivación, sino la contrastación de los hechos con la prueba (p. 267).

De lo expuesto, se constata que Maier y Ferrajoli coinciden en que el doble conforme es un derecho exclusivo de quien ha recibido una condena, en este caso el sancionado, criterio que comparten Yépez (2015, s.p.) y Vázquez (1997, p. 471), mientras que Sagüés (1988, p. 157) lo estima como parte de la defensa en juicio, de lo que debe suponerse que el

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

derecho a recurrir el fallo obliga a implementar un recurso, o más, apto(s) para impugnar errores o vicios, naturalmente, a favor del acusado, si se tiene en cuenta que el derecho a la defensa es exclusivo de este.

Esta consideración, con la que coincide la autora, y que conlleva a que el condenado tenga la posibilidad de solicitar la revisión del fallo que lo considera responsable, por primera vez, durante el trámite del recurso, revela la necesidad de reflexionar sobre el sistema recursivo, no visto como un medio de control de tribunales superiores, sobre el grado de adecuación de los inferiores, a la ley del Estado, sino como una verdadera garantía del derecho de defensa y la presunción de inocencia.

En esta línea de pensamiento se proyecta Salazar (2015, p. 215), quien afirma que, después del análisis comparado de los procedimientos penales en Suramérica, y su imprescindible vinculación con estándares internacionales, es momento de regular el derecho a un recurso eficaz y accesible a las personas condenadas penalmente, con independencia de que su condena se profiera, por primera vez, en segunda o única instancia o, de manera excepcional, por primera vez en casación.

De las conceptualizaciones ofrecidas precedentemente sobre el doble conforme, a las que se une la opinión de Carnelutti (2005, pp. 742-745), se pone de manifiesto una inclinación al criterio establecido para determinar el límite de la posibilidad para recurrir, denominado «doble conforme o triple», según el cual la vía de impugnación se cierra al obtenerse dos sentencias concordantes, y la tercera instancia procura obtener el conforme con una de las dos sentencias anteriores.

De acuerdo con esta concepción, cuando dos sentencias difieran en su resultado, por ser una absolutoria (tribunal *a quo*) y la otra condenatoria (tribunal *ad quem*), se requiere, si el acusado así lo exige, de un tercer tribunal para confirmar una de las sentencias precedentes, con lo que se cierra el ciclo de impugnación, criterio al que se afilia la autora, pues disminuye la posibilidad de error de una sentencia antes de que adquiera firmeza, lo que ha sido desarrollado en la LPRP.

La segunda posición para determinar el cierre del ciclo de impugnación es la llamada de la superior prevaleciente, en la que predomina la sentencia del tribunal *ad quem*, como de grado superior, sobre la recurrida por el juzgador *ad quo* y, en consecuencia, no hay necesidad de un nuevo recurso. Desde esta perspectiva, basta con la decisión adoptada en la segunda sentencia por el tribunal superior para entender cumplido

el derecho al recurso, aunque el único resultado de condena sea en la sentencia que lo resolvió, con el argumento de que estos jueces están mejor preparados, a partir de sus años de experiencia y conocimientos; a esta posición se afilió la LPP, que estuvo vigente en Cuba hasta diciembre de 2021 [GOR-O (32), 1977, pp. 321-367].

El doble conforme, desde una perspectiva constitucional, se enmarca en el derecho a la defensa, en su sentido amplio, que comprende la actividad recursiva que propicia el control del ejercicio de la función judicial y el respeto de los principios, derechos y garantías protegidos en los artículos 94 y 95 de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87].

III. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA DOBLE CONFORMIDAD JUDICIAL

Para materializar la doble conformidad judicial no basta con la existencia de un tribunal distinto al que realizó el acto de juicio oral, sino que su propia naturaleza exige tener en cuenta otros aspectos que condicionan su eficacia; entre ellos, cómo acceder a la doble conformidad y hasta dónde debe llegar el alcance del conocimiento y de la decisión, para que se cumpla la garantía.

Para reclamar el reconocimiento de un derecho es esencial el acceso a los tribunales de justicia porque es la vía que tienen las partes para demostrar el fundamento de la inconformidad, argumentar las razones de la reclamación y la falta total o parcial en la sentencia que le provocó un gravamen; por eso, los recursos tienen que ser accesibles (Maier, 2003, p. 50).

En este orden, el contenido primario del derecho al recurso es el acceso a él, y la facilidad de acudir a otro órgano jurisdiccional para que la sentencia sea revisada, se manifiesta dentro de la regulación del sistema recursivo.

Así, para considerar que existe acceso al doble conforme, es necesario, por una parte, que la ley otorgue a todo acusado la posibilidad del recurso, con independencia del delito cometido, la sanción impuesta, o el tribunal que lo haya juzgado y sancionado, sin que exista un exceso de trabas y requisitos formales para interponerlo que infrinjan la esencia de este derecho y lo hagan irreal; por otra, que las facultades del tribunal que dictó la resolución impugnada, para no admitir el recurso, sean

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

limitadas, por razones expresamente establecidas en la ley. En este sentido, Zaffaroni (2000) señala que la magnitud de una lesión de derechos no la proporciona la cuantía de la pena impuesta, y que las infracciones menores deben tratarse con igual cuidado que las garantías más graves; simplificar el proceso no debe significar reducción de garantías y menos aun de instancias, sino todo lo contrario (p. 24).

Asimismo, se requiere del alcance del conocimiento, integrado por los aspectos que se pueden revisar, mediante el recurso, que comprende: el control sobre los hechos, el derecho de la forma más amplia posible, y que las resoluciones contentivas de la decisión estén motivadas tanto por el tribunal de instancia como por los jueces que resolverán el recurso.

3.1. Acceso al recurso en la Ley del proceso penal

Esta ley reconoció al acusado, la V-P, el tercero civilmente responsable y el fiscal el derecho a establecer recurso de apelación o casación, según el caso, contra las sentencias dictadas por los tribunales —artículos 130.1 j), 142.3 c), 144.2 y 597 [GOR-O (140), 2021, pp. 4120, 4123, 4124, 4205]. Solo se exceptúan las dictadas por el Pleno del TSP que, conforme al Artículo 30.2 de la LTJ [GOR-O (137), 2021, p. 3939], sesiona con las dos terceras partes de los magistrados en ejercicio efectivo de sus funciones, cuando se constituye como órgano judicial, para conocer del juzgamiento del presidente de la República, el de la ANPP y el primer secretario del Partido, previéndose contra esta resolución el recurso de súplica.

Uno de los aspectos controvertidos sobre la legitimidad subjetiva en el acceso al doble conforme, se relaciona con la bilateralidad recursiva en cuanto a si el fiscal y el querellante tienen, o no, el derecho a recurrir.

La ley vigente en el país concibe el recurso contra la sentencia definitiva de modo bilateral, pues están legitimados para recurrir todos a los que la resolución alcanza, bajo la condición de que provoque un agravio a sus intereses, expresados en el procedimiento o, al menos, sobre una parte de lo que pretendían.

El legislador cubano no consideró prudente establecer privilegios procesales a favor de una de las partes en perjuicio de otras, en tanto el fiscal concurre al proceso como parte formal, en el cual se le deben asegurar oportunidades y medios equivalentes, en respaldo a la igualdad procesal, lo que incluye a la víctima, como parte del debido proceso establecido en los artículos 94 y 95 de la CRC; además, el Artículo 8.2,

del Pacto de San José de Costa Rica (Palacio, 1995, s.p.), en el inciso h), menciona el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, «sin mencionar explícitamente al acusado» (Sagüés, 1988, p. 160).

A juicio de la autora, en el análisis de esta conflictividad, se inserta el derecho de defensa, en sus dos dimensiones: en sentido amplio, como un derecho de parte, atribuido a acusador y acusado, se vincula con los principios de contradicción e igualdad de armas, para hacer valer sus derechos ante el tribunal, incluyendo la posibilidad de manifestar su desacuerdo con la resolución judicial, para que sea revisada por otro tribunal; y la otra, como derecho fundamental del justiciable.

La víctima y la sociedad tienen derecho a que se imparta justicia contra las personas que violan los bienes jurídicos protegidos en los códigos penales; por consiguiente, cuando se constituyen como parte, se debe procurar su acceso a la justicia, no solo ante el tribunal de primer grado, sino también al superior, como vía de protección de sus derechos, tal como se concibe en la LPRP (Montero, 2000, p. 11; Pedraz Penalva, 1990, pp. 224-233; Carrasco, 2008, p. 41).

Desde la óptica del principio de igualdad, todos los sujetos procesales deben tener las mismas posibilidades de recurrir, pues, una vez creado el recurso en el ordenamiento jurídico, tal garantía procesal ha de estar a disposición de todos; incluso en el Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional [ONU, 2002, p. 46], su Artículo 81.3 c) reconoce, de manera expresa, el recurso contra la sentencia absolutoria.

En atención a todo lo expuesto, la autora estima que no es proporcional ni razonable, a la luz del principio de igualdad y el derecho de defensa, privar al fiscal, el querellante y las víctimas constituidas en partes en el proceso, de la posibilidad de interponer recursos contra las sentencias o resoluciones que les sean desfavorables; por ello, se considera acertada la manera en que se concibe en la legislación procesal cubana.

Otro paso trascendental de la vigente ley, en el acceso al recurso y la garantía del doble conforme, es el derecho que erige en los artículos 608.13, 637 i) y 786.1, sobre la posibilidad del acusado de interponer recurso de apelación o casación, según el caso, contra la sentencia en que se sancione por primera vez, en virtud de un recurso o proceso de revisión [GOR-O (140), 2021, pp. 4206-4207, 4238], con lo que se resuelve la problemática de que, cuando el tribunal superior dicta sentencia de condena, se limita al acusado del derecho de un recurso

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

ordinario (Llobet, 2009), quien refiere que debe reconocerse como problemático el recurso de casación de fondo por el ministerio público, en contra de una sentencia absolutoria, ya que, si el tribunal de casación entra directamente a resolver la cuestión y condena al acusado, este no cuenta con posibilidad de otra vía de impugnación ordinaria (s.p.). A su criterio, lo correcto sería que, en estos supuestos, el tribunal que conoce el recurso no dictara sentencia condenatoria, sino que anulara y ordenara el renvío, para que tuviera otro derecho al recurso, contra lo resuelto en la nueva sentencia por los jueces de instancia.

Un elemento igualmente importante es que la ley, en el Artículo 637.1 a) [GOR-O (140), 2021, p. 4211], reconoce el derecho a interponer recurso de casación contra las sentencias que, en primera instancia, dictan las salas del TSP, máxima instancia judicial en Cuba, por lo que las partes en estos procesos también tienen asegurada la garantía del doble conforme.

Para quienes hayan sido sancionados, estas importantes reformas legales, introducidas con la Ley No. 143 de 2021, constituyen la garantía de tener derecho al cierre del ciclo de impugnación y a que otro órgano judicial confirme su responsabilidad penal y condena, antes de que la sentencia pase a la autoridad de cosa juzgada.

El libro sexto de la LPRP, destinado a las impugnaciones, en el Artículo 590 [GOR-O (140), 2021, p. 4204], deja establecido que la autoridad actuante no puede denegar la admisión de un recurso, a no ser que se haya interpuesto fuera del plazo legal; cualquier otro motivo es de apreciación exclusiva de quien le compete resolverlo.

La ley antes mencionada, en el recurso de casación, instituye otras dos causas de inadmisión: la ausencia de legitimidad de la persona que lo interpuso, o si se realizó contra una resolución que no era recurrible por esta vía de impugnación. Estas causales son de apreciación exclusiva del tribunal facultado para resolver el recurso.

Como aspecto novedoso, el Artículo 591 de la ley [GOR-O (140), 2021, p. 4204] prevé que, en casos excepcionales y por causas no atribuibles al recurrente, se puede admitir el recurso presentado fuera del plazo legal, lo que denota la voluntad del legislador cubano de que los acusados cuenten con la máxima protección a la garantía del doble conforme.

Asimismo, la ley potencia el uso expedito del derecho al recurso, y rechaza una configuración formalista, que restrinja su empleo por resultar

difícil interponerlo; en tal sentido, en el recurso de apelación, no regula ningún requisito específico para la redacción del escrito; y, solo para los casos del procedimiento ordinario, previsto para los delitos con marco superior a los tres años de privación de libertad, hasta ochos años, exige que se interponga mediante asistencia letrada.

En el caso del recurso de casación, el Artículo 642 [GOR-O (140), 2021, p. 4212] regula que, cuando el tribunal reciba las actuaciones y observe que el recurso no cumple con algún requisito formal, instruye al recurrente para que lo subsane, en el plazo de tres días; y el Artículo 644, tal como regulaba la Ley No. 5 de 1977 [GOR-O (32), pp. 321-367], mantiene que la cita inadecuada del precepto autorizante no es obstáculo para la admisión del recurso, si de su argumentación puede inferirse el propósito del recurrente y el precepto en que se ampara, siempre que cumpla con los requisitos legales.

Por otra parte, el Artículo 598 [GOR-O (140), 2021, p. 4205] de la norma recoge, expresamente, que las partes tienen el derecho al examen de las actuaciones en la sede del tribunal, a los fines de la interposición de los recursos; establece el efecto suspensivo que siempre producen los recursos de apelación y casación, con lo que se garantiza el cumplimiento del principio de presunción de inocencia, estipulado en el Artículo 95 c) de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 87].

Otro elemento significativo de esta ley consiste en que, en los artículos 601, 602 y 603 [GOR-O (140), 2021, pp. 4205-4206], deja establecido que los tribunales, al resolver los recursos, no pueden adoptar decisiones que impliquen perjuicio o agravamiento de la situación legal del acusado, ni del tercero civilmente responsable, cuando estos sean los únicos recurrentes o de aquellos contra los que no recurra el fiscal o el acusador particular o privado y, de igual manera, en el renvío, cuando se devuelven las actuaciones al tribunal para que dicte una nueva sentencia, con lo que también se le ofrece confianza al acusado para ejercer su derecho a promover recurso contra una sentencia, cuando considera que se ha producido un gravamen.

3.2. Alcance del conocimiento en el recurso

Para el cumplimiento eficaz del doble conforme, es necesario que se encuentre garantizado, no solo el acceso al recurso anteriormente analizado, sino, también, que la legislación permita un control extenso de

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

la sentencia definitiva sobre los hechos y las cuestiones de Derecho fijados en una resolución.

Para Bidart (s.f.), la doble instancia prescrita por los pactos requiere un recurso que permita resolver todas las cuestiones de Derecho y de hecho atendidas en la sentencia que se recurre; en este sentido, afirma que «la norma del Pacto que habilita el recurso enfoca una vía de apelación amplia, sobre los hechos y el derecho, en la que quepa renovar el tratamiento integral de la decisión inferior impugnada recursivamente» (p. 882). Con similar enfoque, Palacio (1995) asevera que «a fin de preservar la garantía de la doble instancia, el alcance del recurso de casación deberá ser interpretado, por la Cámara competente, con criterio suficientemente flexible» (p. 446).

Cafferata (2011) plantea que,

> aunque casi nadie se atreve a sostener abiertamente que las sentencias condenatorias dictadas por tribunales de juicio oral puedan ser apeladas o que mediante el recurso de casación se pueda revalorar libremente la prueba sobre los hechos [...], permitiendo así al tribunal de alzada concluir de modo contrario sobre la culpabilidad del acusado, y consecuentemente absolverlo directamente por insuficiencia probatoria, porque el recurso de casación tradicional, ese que ha sido reiteradamente adjetivado como <de estricto rigor formal> y que respeta a rajatabla la <soberanía> del tribunal sentenciador en orden a las cuestiones fácticas resueltas <intangiblemente> por la sentencia de condena, no satisface el derecho al recurso. (p. 191)

La LPRP, en cuanto al alcance del recurso, introdujo transformaciones importantes, aunque el Artículo 608 [GOR-O (140), 2021, pp. 4206-4207] mantuvo el recurso de apelación contra todas las sentencias dictadas por los TMP y la sanción de muerte; amplió a este tipo de impugnación las sentencias que impongan la sanción de privación perpetua de libertad.

Un aspecto que debe destacarse es que, contra las sentencias en que se impuso la sanción de muerte o la privación perpetua de libertad, no solo el recurso es el de apelación, sin sujeción a requisitos formales; la norma regula que, aunque los acusados no hayan interpuesto recurso, trascurrido el plazo legal, se entiende, de derecho, interpuesto y admitido, por lo que los TPP están obligados a elevar las actuaciones al TSP, el cual tiene que celebrar vista y practicar las pruebas

propuestas por las partes y las de oficio que considere, cumpliendo todas las garantías previstas en la ley para el acto de juicio oral.

Este mandato legal permite, en todos los casos previstos en los supuestos anteriores, un control amplio de la resolución de instancia, y que no se ejecuten sanciones de tal aflicción para las personas, por tratarse de la vida y la libertad, dos valores fundamentales protegidos en la CRC, hasta que alcancen la doble conformidad, mediante una revisión integral de la resolución y la ratificación de la condena —artículos 613-616 [GOR-O (140), 2021, pp. 4207-4208].

Además, la ley mantuvo que, en el recurso de apelación, es obligada la realización de vista, con la práctica total o parcial de la prueba, cuando se cuestionen los hechos que se dieron por probados, reglando que solo se puede prescindir de esta cuando verse sobre cuestiones de Derecho o sobre la adecuación de la sanción —artículos 621 y 630.2 [GOR-O (140), 2021, pp. 4208-4209, 4210].

Otro aspecto novedoso radica en que incorporó la posibilidad de establecer el recurso de apelación contra los autos definitivos, entre los que se encuentran: los dictados por el TSP que denieguen o rechacen, de plano, las solicitudes de *habeas corpus*; los de los TMP que resuelvan causales de previo y especial pronunciamiento, y la no admisión de la querella; aquellos que ordenen el cumplimiento de las ejecutorias dictadas por tribunales extranjeros contra ciudadanos cubanos; los que aplican o deniegan la retroactividad de la ley, o resuelvan los sobreseimientos definitivos o condicionados, incidentes sobre responsabilidad civil.

En cuanto a las sentencias dictadas en primera instancia por el TSP y los TPP, si bien prevé el recurso de casación, abandonó su clasificación (en quebrantamiento de forma e infracción de ley), eliminó el casuismo de causales prestablecidas, que hacían alusión a cuando se estaba en cada uno de esos motivos, y definió tres grandes aspectos por los cuales las partes pueden argumentar su inconformidad con la resolución.

En tal sentido, el Artículo 639.1 [GOR-O (140), 2021, pp. 4211-4212] de la ley establece que, en el recurso de casación, procede quebrantamiento de formalidades procesales y de garantías individuales de las partes, en tanto influyan directamente en la decisión.

En el apartado segundo, el precepto antes mencionado introdujo como novedad —y en cumplimiento de las garantías que se definieron en el debido proceso por la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 87-88], que establece la

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

motivación de las resoluciones y la exclusión de los medios de pruebas que se hayan obtenido violando lo establecido— que procede el recurso, también, cuando, en la valoración de aquellas: no se exponen los motivos por los cuales se acogen unas o se rechazan otras, con importancia sustancial para el fallo; se omitan los fundamentos de convicción, exista manifiesta contradicción, o no se hayan seguido criterios lógicos y racionales en su motivación; el hecho no se sustente en prueba alguna o se evalúan como insuficientes a ese fin, recaigan sobre pruebas obtenidas con vulneración de preceptos constitucionales o a través de medios o procedimientos no autorizados por la ley.

Los cambios introducidos, en cuanto a las pruebas, se avienen con la tendencia intermedia o menos radical, desarrollada en torno a lo que podía llegar a controlar el tribunal superior, cuando los procesos están precedidos de juicio oral y su inmediación con aquellas, toda vez que, en esta, se acepta la revisión de la exteriorización formal de la convicción del tribunal *ad quo* por el *ad quem,* cuando en la valoración del material probatorio se incurra en manifiesto absurdo o dislate jurídico. Esta es la doctrina del absurdo, creada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, luego adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (González y Figueroa, 1983, p. 17).

Un análisis interesante lo hace Bacigalupo (1944), quien distingue dos niveles en la valoración de la prueba: uno, atribuible solo a los jueces de juicio, consistente en la función de fijar el hecho, sobre la base de la percepción de la práctica de la prueba en el juicio oral; el otro, consistente en la denominada estructura racional de la prueba o de la formación de la convicción, mediante la observancia de las leyes de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos (p. 14).

Como se observa, se trata otra vez de la distinción entre la fijación de los hechos probados y la motivación de las conclusiones que se extraen acerca del valor de la prueba percibida, y esta última sería revisable en casación, tal y como estableció la vigente ley, porque la estructura racional de la prueba no está sujeta al principio de inmediación y constituye garantía frente al posible ejercicio arbitrario del poder judicial; el juez es libre para valorarla, pero debe cumplir con reglas de la lógica, la experiencia, la ciencia y está obligado a llevar ese razonamiento a la resolución.

Este apartado segundo del Artículo 639 [GOR-O (140), 2021, pp. 4211-4212] posibilita el análisis de la convicción del tribunal juzgador, a partir

de la debida documentación del proceso (registros del juicio oral) y la motivación de la sentencia. Tal opción facilita, de manera indirecta, el cuestionamiento fáctico porque, si el análisis sobre la prueba es ilógico, irracional y alejado de la experiencia y la ciencia, aconteció una injusticia en la construcción del razonamiento histórico, lo que, además, pone de manifiesto que un yerro procesal redunda en error de hechos, rompiéndose de esta forma con la intangibilidad del hecho probado.

El control de la prueba es, además, la vía que tiene el acusado para que el tribunal del recurso fiscalice el cumplimiento de los principios de presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*, recogidos en el Artículo 5 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4096], según el cual se presume inocente a toda persona, mientras no exista sentencia condenatoria firme; y, en caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para esta.

El doble conforme exige, al menos, dos exámenes profundos de las cuestiones de hecho y de Derecho, con lo que se resguarda el principio de presunción de inocencia, el cual requiere que, mediante un proceso judicial con todas las garantías, se demuestre la culpabilidad del acusado.

Para que una sentencia condenatoria alcance su conformidad a través del recurso, los jueces tienen que velar porque la de instancia sea totalmente válida: que se haya llegado a esa conclusión de culpabilidad respetando todas las garantías del justiciable, basándose en pruebas practicadas en el juicio oral, bajo los principios que lo rigen y solo como excepción, aquellas incorporadas sin inmediación autorizadas por la ley, y que posean fuerza de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.

Cuando estas premisas se incumplen, el órgano jurisdiccional está imposibilitado de declarar la conformidad con la sentencia de condena y está obligado a disponer su nulidad, y retrotraer las actuaciones al trámite en que se cometió la vulneración.

El cumplimiento del principio *in dubio pro reo*, por el tribunal de conocimiento, también es posible que sea verificado de manera indirecta, a través del control de la motivación fáctica de la sentencia, que justifica la convicción y, de esta forma, su examen en el recurso no quebranta el principio de inmediación: se trata de evaluar la real certeza adquirida por el tribunal de instancia a partir del análisis lógico, racional y su coherencia con las reglas de la experiencia.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Otro aspecto destacable en la ley en examen es que amplió el alcance de las cuestiones relacionadas con el Derecho que se pueden denunciar como infringidas porque, además de las tradicionales (existencia del delito, o no; calificación; grado de participación; concurrencia de atenuantes, agravantes, eximentes de la responsabilidad penal, y la adecuación de las sanciones), incorpora la responsabilidad civil.

En el recurso de casación en los que el tribunal no reproduce la prueba es trascendental la motivación de las resoluciones que, en relación con la garantía en estudio, tiene tres momentos importantes: las sentencias dictadas por los tribunales de instancia; las que resuelven el recurso; y las resoluciones que lo declaran inadmisible.

A continuación, se analiza el impacto de la motivación de la sentencia en el alcance de la decisión, como aspecto para garantizar la doble conformidad, de manera plena.

3.3. La motivación de la sentencia y su relación con el alcance en la decisión

Para Arranz (2004), «motivar es fundamentar, razonar, criticar, justificar y hasta convencer. Por esto la motivación fáctica implica la exteriorización del análisis crítico de la eficacia o fuerza persuasiva de las pruebas llevado a cabo por el juzgador para alcanzar la convicción» (p. 37).

La argumentación jurídica, en el ámbito judicial,

> se ocupa esencialmente de la interpretación y la aplicación del Derecho, y en su desarrollo se vale de las categorías de la ciencia, relativa al contexto de descubrimiento (procedimiento para llegar a las premisas o conclusión: razón explicativa) y de justificación (procedimiento justificativo de esa premisa o justificativa). (Carrasco, 2009, p. 64)

De ahí que la motivación de la sentencia por el tribunal de juicio, y en los casos en que contra la de apelación se establezca casación, cumple una función endoprocesal: que representa una garantía para el cabal ejercicio del derecho a recurrir, mientras que, desde el control jurisdiccional por vía recursiva, resulta el cauce para comprobar la legalidad, legitimidad y corrección en la actuación del tribunal de instancia. También funciona a modo de autocontrol de los jueces, que podrían detectar decisiones injustificables (Carrasco, 2009, pp. 64-65).

Los jueces de instancia deben fundamentar cada una de sus conclusiones, tanto fácticas como jurídicas y, a tales efectos, realizar un conjunto de consideraciones de hecho y Derecho que demuestren que respetaron el ámbito de la acusación, que las pruebas valoradas y acogidas son el resultado del juicio oral y consecuencia de un proceso lógico y racional, atemperado a la experiencia y al sentido común, para que se pueda ejercer el control de la sentencia por el justiciable, la ciudadanía y el tribunal que conocerá el asunto, en virtud de un recurso.

La motivación de la sentencia dictada por el tribunal *que resuelve el recurso,* también es esencial porque tiene la finalidad de convencer al que recurre de la certeza, o no, de la decisión del tribunal de instancia y, además, demostrar que realizó un minucioso examen de la sentencia recurrida y del proceso que le dio origen.

Las funciones de la motivación fáctica: evita la arbitrariedad e irracionalidad en los fallos, tributa a la transparencia y el control del proceso penal, de cara a la población, posibilita el control por el tribunal del recurso de la estructura racional de la prueba y de la correspondencia entre los hechos declarados probados y el resultado de las pruebas practicadas.

A decir de Arranz (2004)

> —la libertad del órgano jurisdiccional para valorar la prueba, la mínima actividad probatoria de signo incriminatorio suficiente, su producción con las garantías del juicio oral, el acta del debate y la motivación fáctica de la sentencia— propias de la concepción objetiva y garantista, desde la perspectiva gnoseológica, propenden a una más exacta conformación del objeto de conocimiento y, desde la óptica procesal, garantizan una mayor pureza del proceso. Por tal razón, debe quedar abierta la vía de la impugnación a través de los convenientes motivos o causales de los recursos o acciones impugnativas, según corresponda, para que, cuando se estimen vulneradas o quebrantadas, se garantice [...] su revisión y control con la mayor <asepsia> posible. (p. 38)

La motivación también tiene una función exoprocesal porque, mediante la publicidad del debate y la sentencia, los ciudadanos pueden fiscalizarla, aunque la inconformidad con su contenido solo podría tener efectos en relación con el caso juzgado, si mediante el fiscal, pueden retornar al interior del proceso por vía recursiva. Carrasco (2009), desde una pro-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

yección social, la conecta con el sentido educativo que posee exponer al público las razones que fundamentan la decisión judicial, pues una sentencia argumentada de forma racional, congruente y razonable, va más allá del mero ejercicio del poder coercitivo del Estado (p. 19).

En resumen, la motivación demuestra a las partes que han sido escuchadas sus tesis, y les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen frente a otros jueces. A los efectos de la doble conformidad, constituye una garantía para que la decisión recursiva alcance la mayor integralidad y corrección, en tanto permite enunciar específicamente por qué le causa agravio solicitar el rexamen por el tribunal del recurso y la posibilidad real de que este realice su control, a partir de las justificaciones realizadas y acreditar que se corresponde con el resultado del juicio oral, el Derecho vigente y no es fruto de la actuación festinada de los jueces.

La motivación de la sentencia facilita cuestionar las conclusiones a que arriba el tribunal y contradecir sus fundamentos, por lo que es indispensable que estos exterioricen su convicción, en tanto es la manera de conocerlos y criticarlos: no solo tributa a la publicidad de la decisión, sino al derecho de defensa y a la garantía de la doble conformidad.

Cuando la sentencia es inmotivada o falta fundamentación, no es posible al órgano del recurso evaluar los hechos y las consideraciones jurídicas; de ahí lo acertado de que, en la LPRP, se haya incorporado que las partes pueden denunciar y que, conforme a lo dispuesto en el Artículo 653, cuando el tribunal de casación advierte la concurrencia de esta falta, disponga la devolución de las actuaciones al órgano de instancia para que las reponga al estado en que se cometió el quebrantamiento y, de esta manera, los jueces cumplan con esta garantía; contra la nueva resolución, también se ofrece la posibilidad de un recurso, para la obtención del doble conforme, si así lo solicita el acusado.

IV. CONCLUSIONES

La garantía del doble conforme cumple un rol esencial dentro del proceso penal: concede a las partes el derecho de mostrar su desacuerdo con una sentencia judicial y que, antes de que esta alcance firmeza, pueda ser revisada por un tribunal distinto, con lo que se refuerza, a su vez, el debido proceso, consagrado en los artículos 94 y 95 de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87].

La Ley No. 143 de 2021 [GOR-O (140), 2021, pp. 4096-4251], en refuerzo a la garantía de la doble conformidad judicial, propicia a los condenados un sistema recursivo que les posibilite cerrar el ciclo de impugnación, hasta obtener dos veces el mismo resultado de condena, abandonando la postura de la Ley No. 5 de 1977 [GOR-O (32), pp. 321-367], que se afiliaba a la teoría del superior prevaleciente, según la cual se considera suficiente la sentencia del tribunal superior para entender cumplido el doble conforme.

Las modificaciones legislativas en el orden procesal, introducidas con la LPRP, logran un sistema recursivo coherente y garante de la doble conformidad, de manera que, contra toda sentencia condenatoria, los justiciables tienen el derecho al recurso y la posibilidad de impugnar la sentencia de condena, cuando resulta sancionado por primera vez, en virtud de un recurso de apelación o casación o un proceso de revisión.

Los cambios introducidos al régimen de los recursos, y en especial al de casación, permiten al TSP controlar, de manera indirecta, los hechos probados, mediante la evaluación de los criterios lógicos y racionales de la motivación de la sentencia, la coherencia de la decisión adoptada con el resultado de las pruebas practicadas y la comprobación de que estas se hayan obtenido de modo lícito, conforme a lo dispuesto en la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116] y los procedimientos establecidos en la ley.

V. REFERENCIAS

Álvarez-Tabío, F. (1981). *Comentarios a la Constitución socialista*. Ciencias Sociales.

Arranz, V. J. (2004). *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*. Félix Varela.

Ayan, M. (1985). *Recursos en materia penal*. Marcos Lerner.

Bacigalupo, E. (1994). *La impugnación de los hechos probados en la casación penal*. Ad-Hoc.

Bidart, G. J. (s.f.). La doble instancia en el proceso penal (la Convención sobre derechos humanos, de San José de Costa Rica). *El Derecho*, *118*(7), 882.

Brewer-Carias, A. R. (2006). *Procesos y procedimientos constitucionales y contenciosos-administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Caferatta, J. I. (2011). *Proceso penal y derechos humanos: La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino* (2.ª ed.). Editores del Puerto.

Calamandrei, P. (1961). *La casación civil* (t. 1). Editorial Bibliográfica de Buenos Aires.

Carnelutti, F. (2005). *Sistema de Derecho procesal civil* (t. 3). Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Carrasco, L. M. (2008). Casación, motivación de la sentencia y racionalidad. *Justicia y Derecho*, (10), 39-47.

Carrasco, L. M. (2009). *Un modelo teórico-procesal de motivación de la sentencia penal de primera instancia* [tesis doctoral, EMS Arides Estévez].

Chiovenda, G. (1940). *Instituciones de Derecho procesal civil* (t. 3). Revista de Derecho Privado.

Chiovenda, G. (2005). *Principios del Derecho procesal civil* (t. 3). Reus.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

D'Álbora, F. (1999). *Código procesal penal de la nación. Ley 23.984. Anotado, comentado, concordado*. Abeledo-Perrot.

Ferrajoli, L. (1996). Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia. En L. Ferrajoli. *Nueva Doctrina Penal*. Trotta.

Ferretti, C. (2012). Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, *10*(1), 245-288. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100007

González, J. R. y Figueroa, F. G. (1983). *El recurso de casación en el proceso penal.* Ad-Hoc.

Ley No. 5, Ley de procedimiento penal. (Agosto 15, 1977). GOR-O (32), 321-367.

Ley No. 140, De los tribunales de justicia. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (137), 3929-3975.

Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

Llobet, J. (2009). *Código procesal comentado* (t. 2, 4.ª ed.). Editorial Jurídica Continental.

López, J. y Horvitz, M. I. (2005). *Derecho procesal penal* (t. 2). Editorial Jurídica.

Maier, J. B. (1996). *Derecho procesal penal* (t. 1). Editorial del Puerto.

Maier, J. B. (1999). La impugnación del acusador: ¿Un caso de *ne bis in ídem*? https://www.metabase.net/docs/ilanud

Maier, J. B. (Junio, 2003). El recurso como garantía del Derecho. *Justicia y Derecho*, (1), 49-56.

Mendoza, J. (2021). *Lecciones de derecho procesal*. (s.e.).

Montero Aroca, J. (2000). *El Derecho procesal en el siglo xx*. Tirant lo Blanch.

Montero, J., Ortells, M. y Gómez, J. L. (1991). *Derecho jurisdiccional I. Parte general* (2.ª ed.). Bosch.

Organización de Naciones Unidas (2002). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. https://un.org

Palacio, L. E. (1995). *Las limitaciones legales del recurso de casación en el proceso penal y el derecho acordado por el «Pacto de San José de Costa Rica» a la persona inculpada de delito*. LL.

Pedraz Penalva, E. (1990). *Derecho procesal.* Colex.

Sagüés, N. P. (1998). *La instancia judicial plural penal en la Constitución argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*. LL.

Salazar, G. J. (2015). El doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal. *Ratio juris, 10*(21). https://www.unaula.edu.co/sites/default/files/LA%20DOBLE%20CONFORME%20COMO%20GARANT%C3%8DA%20M%C3%8DNIMA%20DEL%20DEBIDO%20PROCESO%20EN%20MATERIA%20PENAL.pdf

Sentencia de la CIDH (1999, mayo 30). http://www.corteidh.or.cr/docs/asos/articulos/seriec_107_esp.pdf

Vázquez, J. E. (1997). *Derecho procesal penal* (t. 2). Rubinzal-Culzoni.

Yépez, M. (2015). Garantía doble conforme. https://www.derechoecuador.com/artículos

Zaffaroni, E. R. (2000). *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos.* Porrúa.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Agosto 7, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

LA APELACIÓN EN EL PROCESO PENAL CUBANO

THE APPEAL IN THE CUBAN CRIMINAL PROCESS

Dr. Aldo Machado Álvarez
Magistrado, Sala de lo Militar, Tribunal Supremo Popular, Cuba
Código ORCID: 0009-0002-9271-1506
machado@tsp.gob.cu

Resumen

El presente trabajo se orienta en el propósito de adentrar al lector en las cuestiones teórico-normativas vinculadas con los medios de impugnación, con énfasis en el recurso de apelación, en la legislación penal cubana y una breve incursión en la Ley de procedimiento penal militar derogada, como punto de partida para el examen de los retos que supone la reforma adjetiva, aún reciente, no solo en el campo legal, sino también en relación con la sociedad y la justicia misma, a fin de satisfacer el mandato constitucional de proveer un debido proceso. Entre los principales resultados, se concluye la complejidad de la temática abordada, agudizada por la coexistencia de dos leyes procesales, no en todo coincidentes; la necesidad de replantear el catálogo de medios de impugnación de la nueva norma adjetiva y la inserción en ella de la apelación; la estrecha relación que guardan estos, en especial los recursos, con los propósitos humanistas y de justicia de un Estado de Derecho; y la necesidad de actualizarlos a las nuevas demandas sociales.

Palabras clave: Medios de impugnación; apelación; proceso penal; debido proceso; tutela judicial efectiva.

Abstract

This paper is oriented towards the purpose of introducing the reader to the theoretical-normative issues linked to the means of challenge, with emphasis on the appeal, in Cuban criminal legislation and a brief incursion into the repealed military criminal procedural law, as

a starting point for the examination of the challenges posed by the still recent adjective reform, not only in the legal field, but also in relation to society and justice itself, in order to satisfy the constitutional mandate to provide due process. Among the main results, we conclude the complexity of the subject matter addressed, exacerbated by the coexistence of two procedural laws that do not entirely coincide; the need to rethink the catalogue of means of challenge in the new adjective law and the insertion of the appeal in it; the close relationship between the means of challenge and, especially the appeals, with the humanist purposes and justice of the Rule of Law; as well as the need to update them to the new social demands.

Keywords: *Means of challenge; appeal; criminal procedure; due process; effective judicial protection.*

Sumario

I. Introducción; II. Acercamiento a la apelación como medio de impugnación; 2.1. Cuestiones generales; 2.2. La apelación: Apuntes para su historiografía; 2.3. Aspectos para una mejor comprensión del tema; III. La apelación en la legislación penal militar cubana; 3.1. Pasado; 3.2. Presente; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La lucha por alcanzar ideales de justicia social ha conllevado al desarrollo de diferentes aspectos de la vida de la humanidad. En el ámbito jurídico, como ciencia condicionada por su carácter social, y a partir de sus peculiaridades en la realidad cubana, se enfrentaba a una amplia gama de fenómenos o situaciones, requeridos de investigaciones que permitieran arribar a los necesarios conocimientos que constituyesen fundamento y concreción en sí mismos, de la proyección en tan importante rama del saber.

Tales aspectos encontrarían su expresión en la estricta observancia del procedimiento, el respeto de los derechos y las garantías legales de las partes, el cumplimiento de los requisitos de los actos procesales, como también en los mecanismos para «combatir» las decisiones adoptadas, que tendrían en cuenta la amplitud de las causales, la posibilidad de reproducir o practicar pruebas, cuestionar los hechos probados e, incluso, realizar una valoración nueva o distinta, así como el establecimiento

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

de medios para enmendar vicios en la tramitación, con reflejo en temas medulares como oportunidad, ahorro de trabajo, tiempo y recursos de todo tipo, incluyendo la economía procesal.

En la esfera penal, el principio de inmutabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales era objeto de algunas consideraciones especiales, tanto por razón de ser una materia con singular naturaleza, por las distintas convenciones internacionales que la abordan, como en general, por cuestiones de derechos humanos. Sin embargo, ello no ha menguado la importancia de los medios de impugnación, de los recursos y, entre ellos, el objeto de esta investigación: la *apelación*.

Una institución jurídica que, a pesar de encontrarse recogida en la LPP [GOR-O (32), 1977, pp. 321-367], para la llamada jurisdicción ordinaria, que establecía los recursos de queja, súplica, apelación y casación, y el procedimiento especial de revisión, no estaba prevista en la Ley No. 6 de igual año, LPPM [GOR-O (33), 1977, pp. 369-469], que previó únicamente los procedimientos especiales de inspección judicial y revisión, así como los recursos de queja y casación, este último con naturaleza y características que lo hacían más restrictivo que la apelación.

Resulta este un tema poco tratado y con gran importancia, pues permitiría dar cumplida vigencia a los postulados constitucionales en la aspiración de un debido proceso que, en la esfera penal militar, resultara más garantista y tributase a los ideales de justicia, en un renovado y cambiante escenario social.

Lo que a simple vista parecía una cuestión solo de índole normativa, conllevaría de modo ineludible al replanteo de aspectos sociales que se concretarían en estructuras, plantillas, distribución de recursos de diversa naturaleza, mecanismos administrativos y de otro tipo, sin los que no se podrían lograr los objetivos trazados. Unido a lo anterior, la efectividad de su implementación no dependería solo del mayor o mejor delineado técnico de la referida institución jurídica, de relevancia innegable en su cometido, sino que obedecería, también y sin objeción alguna, a la preparación de los operadores del Derecho, ya fuese en función de representantes de la fiscalía militar, en el ejercicio de la defensa o la representación letrada —de las V-P y los terceros civilmente responsables por un hecho delictuoso—, o los encargados de la función decisora como miembros de la judicatura.

Sin pretender agotar el asunto, se persigue el *objetivo* de sistematizar las diferentes definiciones que se le vinculan, elementos de las implicaciones

éticas y sociales que se desprenden del tema, el nexo con la comunicación y algunas cuestiones a valorar en el caso cubano. Por otro lado, se ofrece una panorámica de la problemática que existía con la ausencia de la apelación en el procedimiento penal militar para fundamentar que el enfoque de su análisis y solución no podía orientarse solo desde la arista técnico-normativa —lo que mostraría una visión estrecha al respecto—, sino tomando en cuenta el contexto y la complejidad en la que tienen lugar los procesos jurídicos de la nación y, de manera especial, los judiciales en el campo del Derecho penal, particularmente, en la esfera de actuación de los tribunales militares.

Con vistas a cumplir los objetivos propuestos, el trabajo se estructura en dos ejes; el *primero*, dirigido al abordaje de aspectos relacionados con los medios de impugnación y la apelación, en sus aristas conceptuales, histórica y relacionada con la tendencia de su desarrollo, que permiten una mejor comprensión del contenido tratado; el *segundo*, en el que se reflejan diferentes elementos de la apelación en la legislación penal militar cubana y que respaldan la conveniencia de su incorporación al proceso penal militar, a partir de la problemática social existente antes de la aprobación de la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], y la LPRPM [GOR-E (12), 2021, pp. 575-715]; tras lo cual se agregan las *conclusiones* resultantes del trabajo investigativo, así como las *referencias* de la bibliografía consultada.

II. ACERCAMIENTO A LA APELACIÓN COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN

2.1. Cuestiones generales

El desarrollo del Derecho ha traído consigo el perfeccionamiento de los llamados *medios de impugnación*, a través de los cuales se combate, contradice o refuta una actuación judicial, cualquiera que sea su índole (testimonial, pericial, resolutiva, etc.); se adiciona que todos los *recursos* —término preferido por algunos autores— que se interponen contra las resoluciones judiciales, constituyen actos de impugnación procesal. (Enciclopedia Jurídica Omeba, s.f.).

Pallares (1994, pp. 86-88), asume como *recurso*:

> [...] el medio procesal concebido a cualquiera de las partes procesales, que se crea o considere agraviada, perjudicada por una

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> resolución judicial —ya sea civil, criminal o de otra jurisdicción donde no esté prohibido—, para acudir ante el juez o tribunal superior y volver a discutir con toda amplitud el caso, aun cuando la parte se limite a repetir sus argumentos de hecho y de derecho, con el objeto de que en todo o en parte sea rectificado a su favor el fallo o resolución recaído.

Palacio (2003, s.p.) afirma que *recurso* es el acto procesal en cuya calidad la parte que se considera agraviada por una resolución judicial, pide su reforma o anulación total o parcial, sea al mismo juez o tribunal que la dictó o, en ambos casos, al superior; de lo que se colige que *recurso* significa «regresar»; o, como aludió Couture (1958, s.p.), recorrer o correr de nuevo el camino ya hecho. El medio de impugnación es consecuencia del principio de la doble instancia, en virtud del cual las resoluciones de los jueces inferiores pueden ser examinadas de nuevo, a pedido de las partes, por los tribunales superiores, como aseguró Gutiérrez (s.f., pp. 1-2).

Doig (2004, s.p.) define que, bajo el término *recursos*, cabe entender el conjunto de actos de postulación, por medio de los cuales la parte perjudicada por una determinada resolución judicial puede obtener su revisión, bien por el mismo órgano que la dictó, bien por otro superior, con la finalidad de incrementar las garantías de justicia de las resoluciones judiciales.

La misma autora afirma que la apelación y la casación pertenecen a la categoría de *recursos*, aunque guardan importantes diferencias entre sí. Para ella, la primera tiene una naturaleza ordinaria; la segunda, es extraordinaria. Su finalidad —asegura— es distinta: la apelación entraña una revisión de la decisión judicial, en tanto que la casación pretende unificar la jurisprudencia. En su criterio, el recurso de apelación sería resuelto por los superiores jerárquicos repartidos en el territorio, mientras que la casación, a la vista de su carácter singular, solo corresponde a un tribunal específico: la Corte Suprema (Doig, 2004, s.p.).

Podrá apreciarse que los medios de impugnación de las resoluciones judiciales tienen como objetivo evitar o subsanar vicios y errores en ellas, minimizar la posibilidad de una resolución injusta; sin embargo, con el desarrollo del Derecho, los *recursos judiciales* se han convertido en una variedad o un tipo dentro del género de los medios de impugnación.

La doctrina contemporánea, por lo general, admite un concepto de *recurso* más restringido que el de impugnación; así lo expresa Fairén

(1990) cuando señala que «los *medios de impugnación,* en su especie de *recursos,* son actos procesales de la parte que se estima agraviada, [...] por un acto de resolución del juez o tribunal» (p. 479).

De cualquier manera, los recursos son concebidos como los medios que permiten enmendar los errores que se pueden producir en la administración de justicia, los que contribuyen a lograr, al unísono, la recta, pronta y cumplida aplicación del Derecho y la justicia en el caso concreto (Quisbert, s.f., s.p), criterio que comparte este autor; en ese orden, los recursos incrementan su importancia al punto de que juristas como Maier (2003) han afirmado que «[...] se tiene la impresión generalizada de que el procedimiento judicial sin recursos contra las decisiones de los jueces, es trunco o mejor aun, inicuo» (p. 1).

2.2. La apelación: Apuntes para su historiografía

El desarrollo de los recursos como medios de impugnación transitó, a lo largo de siglos, por diversos momentos para que sus características se perfeccionaran, hasta conformar cada una de las variantes que hoy se conocen.

Develar la génesis y el desarrollo de una institución jurídica es tarea difícil; a las controversias sobre su naturaleza o nomenclatura, se unen las diferencias por razón de las épocas, las zonas geográficas o los sistemas de Derecho al que se afilian, por citar ejemplos. El abordaje de la apelación no dista de esa situación; por eso, se brinda una apretada reseña de algunos de sus antecedentes más significativos.

En la antigüedad, se constata que los medios de impugnación o los recursos no se conocieron, lo que, según Gutiérrez (s.f.) «[...] se vinculó generalmente con el carácter religioso de las sanciones o decisiones que dirimían o daban solución a un conflicto social determinado, donde el juicio era una expresión de la divinidad y tenía por tanto un carácter infalible» (p. 2).

A ello se añade que la jurisdicción era ejercida de manera directa por el portador del poder soberano; en otros casos, por una asamblea cuyos miembros poseían plena capacidad política y jurídica, o como consecuencia de una delegación en reuniones populares con numerosos miembros; y un tercer elemento que se relaciona con el procedimiento mismo, dotado de un carácter oral y público, que impedía a quienes no lo presenciaran resolver un conflicto que ni siquiera conocían.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Elementos que podrían considerarse antecedentes de la apelación se identifican en instituciones como la *provocatio ad populum* o la *intercissio*. En cuanto al origen normativo de la primera, Burdese (2019, s.p.) lo ubica por vez primera en un texto del historiador romano Tito Livio, que hacía referencia a la *Lex horrendi carminis*; Fernández (2007, s.p.) focaliza algunos elementos en las XII Tablas; mientras Lara (2014, s.p.) asume que fue en las *Leyes Valerias* en las que su regulación apareció perfilada.

De León (s.f.) considera que el antecedente más remoto del recurso de apelación se encuentra en el Derecho romano, especialmente en el penal de las XII Tablas, aunque con un carácter privado muy marcado. Para él, con la creación del *praetor peregrinus* para dirimir el derecho entre extranjeros o entre estos y ciudadanos romanos, aparece el *ius gentiun*, pero también estructuras jerárquicas, pues contra las decisiones del magistrado jurisdiccional se permitía recurrir ante otro de mayor rango. En tal sentido, sostenía que

> la Administración de justicia se encontraba repartida entre el *pretor urbano* y el *peregrino*, y contra las decisiones del magistrado jurisdiccional se permitía el recurso a otro de mayor rango. El presunto perjudicado por el decreto de un magistrado debía llamar o *apelar,* en el propio acto, a un tribuno, *appelare* que de surtir efecto invalidaba el decreto o decisión anterior. (p. 37)

También para Aguilar (2002, s.p.) la *apelación* es el recurso más antiguo. En dicha génesis, coincide Florián (1990), al afirmar que

> la *apelación* es el *recurso* clásico y de uso más común; es, además, el más eficaz en cuanto lleva a un segundo examen más o menos completo de la causa. Tiene raíces muy antiguas, y así lo encontramos ya bien definido en el proceso penal romano de la época imperial. (p. 436)

Respecto a la *intercissio*, Mommsen (1899, s.p.) asegura que esta consistía en la posibilidad de un magistrado de casar la orden dada por otro, siempre que el intercesor tuviera *pars maior vel potestas*, es decir, igual o superior jerarquía que el intercedido.

Una síntesis apretada del desarrollo de esa extensa etapa la realizó Maier (2003), al reseñar:

> Los *recursos* cumplieron, en este sistema, la función de control jerárquico y a tal punto fue así, que concedidos a los interesados a manera de queja contra lo dictado por quien lo ejercía en

> un sentido determinado, en numerosas ocasiones ellos procedían de oficio, como control obligatorio del veredicto del funcionario inferior. El procedimiento sufrió también una transformación radical: de debate dialéctico de intereses, oral y público, pasó a constituir una encuesta o investigación funcional u oficial del acontecimiento central que provocaba el conflicto que constaba en protocolos escritos, incluso, secretos para extraños y que podía ser revisado por el superior en la misión de controlar el ejercicio del poder por quien era su delegado. Esta es la única manera de lograr la *par conditio*, en otras palabras, la forma única de que el caso sea reexaminado por una instancia de más autoridad desde la misma atalaya, base de conocimiento o fuente de información que fundó la decisión del inferior. De allí también el significado del hoy llamado *efecto devolutivo* de los recursos, característica básica de estos remedios. (p. 1)

Durante la etapa feudal se trabajó en la codificación, caracterizada por la evaluación de las formas inquisitivas y acusatorias, así como la existencia de disímiles jurisdicciones (Lara, 2014, s.p.). Existió la posibilidad de apelación o alzada, aunque fue matizada por una constante dispersión normativa en el llamado Derecho visigodo, como advirtió Morán (2002. s.p.), con ribetes similares en ese sentido en el proceso penal de Castilla, según Alonso (1996, s.p.).

Fueron admitidas en las Decretales, pero quedaron prohibidas de forma expresa en pleitos criminales en el Fuero Real (1255). En las Leyes de estilo resultaban inapelables las sentencias penales, pero se permitieron en el Espéculo y Las Partidas, en estas últimas con algunas excepciones (Araluce, 1982, s.p.).

En este período se retomaron y fortalecieron algunos aspectos ya establecidos y salieron a la luz otros; por ejemplo, con la entendible fluctuación que se observa en su configuración en el tiempo y las zonas, se respetó la apelación como un derecho de las partes, por lo general, la que resultaba agraviada; heredó la prohibición de apelar en causas criminales de especial gravedad, como las de ladrones, agitadores, violadores de vírgenes, viudas o religiosas, falseadores de oro, plata, moneda o sello real, los que matasen a traición, envenenamiento o con alevosía, o en caso de confesión por parte del reo, limitantes que menguaron hasta desaparecer. Se regularon de mejor manera las formalidades que debían observarse, los plazos para la interposición o los previstos para

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

la ejecución de los trámites correspondientes; se ampliaron los motivos de apelación, las posibilidades de celebración de audiencia o vistas y la de solicitar la práctica de nuevas pruebas; el traslado del recurso a las contrapartes; los efectos, fundamentalmente suspensivo y devolutivo; como también, aunque de manera diversa, se dio tratamiento a principios como la prohibición de la *reformatio in peius*.

En la etapa moderna se mantendrían las vías para recurrir una resolución con similitudes a la época anterior, aunque con distinta denominación y una extensión diferente; entre ellas, se volvió a utilizar el término de *apelación* y no el de *alzada* (Romero, 1996, s.p.).

Ideas vinculadas al humanismo renacentista concedieron a esta institución jurídica mayor permisividad, como concluye Aikin (1996, s.p.) en *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. La legitimación para apelar fue bastante amplia, ya que se permitió a cualquiera de las partes que hubiera sufrido gravamen; se extendió a una legitimación cuasi extraordinaria y otra representativa, pues las sentencias condenatorias a pena de sangre podían ser apeladas por cualquier persona, aunque exigían el consentimiento del reo, en caso de no ser parientes.

Según esa autora, la regla general solía ser la misma: prohibición de la apelación en caso de reo convicto y confeso con independencia del delito, hasta que se tendió a eliminar esta prohibición genérica para centrarse en las concernientes a la alarma social del tipo delictivo, a partir del interés público en el castigo inmediato a determinados delitos. En esa época, se concretan en la forma de «escrito de agravios» las posibles causas, entre ellas: la inobservancia de las solemnidades prescritas, la inadmisión de pruebas, o la decisión incongruente con lo alegado y probado. Asimismo, se perfilaron mejor los plazos para apelar ante juez superior; y se perfeccionaron las posibilidades de cognición y práctica de pruebas en el tribunal superior (*ius novorum*).

Respecto a la configuración de la segunda instancia y el *ius novorum*, la alegación y prueba de nuevas excepciones en sede de apelación fue prescrita por parte de los Reyes Católicos; se limitó la prueba a la escritura auténtica o confesión de la otra parte y se prohibió recibir testigos sobre los mismos artículos recibidos a prueba en la primera instancia o contrarios (Aikin, 1996, s.p.). Sin embargo, advierte Alonso (1996, s.p.), que se admitía prueba testifical en segunda instancia en tres casos: al ser presentados los testigos en la primera instancia, pero no resultar examinados; si las dos partes estaban prestas a probar; y en el supues-

to de que a alguna de ellas correspondiese la restitución de privilegio (*restitutio in integrum*).

Con el origen de la casación en los tiempos de la Revolución Francesa de 1789, como medio del legislativo para controlar las decisiones de los tribunales de justicia (Domínguez, 2005, s.p.), fueron ampliados los recursos. Villapalos (1976, s.p.) concluye que, durante este período, se constata la vigencia de la prohibición de la *reformatio in peius*.

La etapa contemporánea quedó matizada por la continuidad del desarrollo de los medios de impugnación y —en especial— de los recursos, erigidos cada vez más en una garantía procesal a favor del imputado o condenado, pero también en un medio de control de los tribunales superiores sobre los inferiores respecto al cumplimiento de la ley del Estado, vista no solo desde la forma de enjuiciamiento y su solución, sino de la fundamentación de las decisiones y la valoración del material incorporado al procedimiento.

Es el período de acontecimientos como las guerras mundiales, el triunfo de la Gran Revolución Socialista de Octubre, la creación del campo socialista, entre otros, que marcaron la historia de la humanidad. En la esfera del Derecho y los medios de impugnación también se recibieron sus influencias, lo que acentuó las diferencias con normas que seguían el derrotero de otros sistemas, como, en el caso cubano, analiza Bodes (2001, s.p.).

Las valoraciones de De Castro (1934) permiten resumir algunos de los cambios introducidos:

> […] una de las originalidades del Derecho procesal soviético es la supresión de la apelación. Se conserva el recurso de casación y el recurso de revisión por nuevas circunstancias que modifican lo juzgado, y se introduce el recurso de anulación por control, característico del orden procesal de los soviets. (p. 336)

Es de significar el papel que han desempeñado determinados instrumentos internacionales en la búsqueda de un espacio común en materia recursiva, como el PIDCP, adoptado por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, cuyo Artículo 14, párrafo cinco, establece que: «[…] toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo previsto por la ley [...]» (Recopilación de instrumentos internacionales, 1994, s.p.).

Según Aguilar (2002), «[...] en el Estado de Derecho, la *apelación* es connatural al proceso. Su régimen debe ser amplio, extremadamente amplio, de forma que se limiten al máximo sus restricciones y cortapisas» (p. 147).

En general, diversos elementos marcan la tendencia del desarrollo de los recursos en la época actual; casi todos los sistemas procesales admiten la revisión de las resoluciones más importantes, a partir de diferentes tipos de recursos o vías, con similar alcance y contenido que la apelación.

Es requerimiento cada vez más difundido que el interpuesto contra el fallo de los tribunales de juicio, se elabore cual garantía procesal del sancionado, como un derecho a que aquel sea revisado por una corte superior, con abandono del carácter de medio de control estatal de los órganos judiciales superiores del Estado sobre los tribunales inferiores; en estrecha conexión con la pérdida del carácter bilateral, al no concebirse como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento para promover el reanálisis, sino un derecho exclusivo del sancionado; y la transformación de los recursos para ampliar el ámbito de revisión del veredicto, hasta albergar la máxima posibilidad de crítica permitida por el carácter público y oral del debate que sostenía el fallo, con eliminación de la excepcionalidad de la admisión.

2.3. Aspectos para una mejor comprensión del tema

Como se abordó, la función de administrar justicia transitó en su evolución de una obra de los dioses y sacrosantos monarcas a una actividad humana, por lo que el reconocimiento de un margen de error en el resultado de los procedimientos judiciales despertó la mirada preocupante de la mayoría de los ordenamientos procesales, necesidad que desembocó en la regulación de los recursos y, entre ellos, el de apelación, con sucesivos cambios vinculados al órgano competente para su atención, los efectos, las consecuencias patrimoniales, entre otros aspectos.

Incluso, como ejemplo de posibles consecuencias patrimoniales en este orden, destaca lo expuesto por Jerí (2002):

> Se ha asegurado que, en la época de Constantino, se imponía al apelante vencido la condena del destierro por dos años, así como la confiscación de la mitad de sus bienes; y al litigante pobre, la de dos años de trabajos forzados. (p. 2)

Reconocido como el más popular de los recursos, la *apelación*, incluso en el lenguaje común, se ha convertido en sinónimo de medio impugnatorio. Etimológicamente, la palabra *apelación* deriva de la voz latina *appellatio* que quiere decir «citación o llamamiento» y cuya raíz es *apello*, *appellare*, la que ha conservado dicho origen en la mayoría de los idiomas (Jerí, 2002, s.p.).

De acuerdo con Villalobos, el término proviene del latín *appellare*, que significa «pedir auxilio»; es el medio impugnativo ordinario a través del cual una de las partes o ambas (*apelante*) solicita que un tribunal de segundo grado (*ad quem*) examine una resolución dictada dentro del proceso (materia *judicandi*) por el juez que conoce de la primera instancia (*a quo*), con expresión de sus inconformidades al momento de interponerlo (agravios), y la finalidad de que el superior jerárquico, una vez que las analice y sin que pueda suplir sus deficiencias (en estricto derecho), corrija sus defectos (errores *in procedendo*), modificándola o revocándola (s.f., s.p.).

Jerí (2002, s.p.) retoma la definición de Costa al definir la apelación como el remedio procesal que tiene por objeto el control de la función judicial y se funda en una aspiración de mejor justicia, por el cual se faculta al litigante agraviado por una sentencia o interlocutora a requerir un nuevo pronunciamiento de un tribunal jerárquicamente superior para que, con el material reunido en primera instancia y el que, de forma restringida, se aporte en la alzada, examine en todo o en parte la decisión impugnada como errónea, por falsa apreciación de los hechos o equivocada aplicación o interpretación del Derecho, y la reforme o revoque en la medida de lo solicitado.

Rivero (s.f., s.p.) plantea que los vicios de la sentencia, y los de todo el procedimiento, dan lugar a determinados remedios de carácter procesal, entre los cuales es de especial interés el recurso de *apelación*, que tiene por objeto un nuevo examen de las cuestiones en debate, por un tribunal de grado superior, dentro del mismo proceso. Lo entendía como un recurso ordinario e ilimitado, que determina un nuevo examen y resolución dentro de los límites fijados, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

En lo concerniente a este último, concebía al Derecho material y también al procesal, con la posibilidad de revisar hasta las cuestiones comprendidas en la potestad discrecional del juez inferior; por ello, definía el *recurso de apelación* insertado en nuestro sistema como el nuevo examen que hace un tribunal superior (TPP), a instancia de la parte que se considerase agraviada, de la fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia dictada por un tribunal inferior (TMP), en juicio por delito; añadió que constituía una nueva y total revisión del asunto, tanto respecto a los hechos como al Derecho aplicable, dentro de los límites trazados por el recurrente; de ahí que pudiera hablarse —según refería— de una posible segunda «primera instancia», donde el tribunal de apelación podía fallar sobre la base de su propia práctica de pruebas, con la posibilidad de extenderse a nuevos hechos y medios de prueba.

En resumen —y es la postura a la que se afilia el autor—, la apelación es un acto jurídico procesal de parte, ordinario, que desde sus fuentes más antiguas aglutina dos elementos: uno relacionado con la impugnación de una sentencia gravosa y, otra, la invocación a un juez superior para ello.

En esa misma línea, cada vez más autores relacionan la apelación con la doble conformidad que, en opinión de Mendoza (2001), «[…] es la posibilidad o seguridad de poder obtener, en dos ocasiones distintas, la reafirmación de la pena impuesta, como garantía indispensable para la ejecución penal» (p. 39).

Maier y Ferrajoli coinciden en que el doble conforme es un derecho exclusivo de quien ha recibido una condena, en este caso el sancionado, criterio que comparten Yépez (2014, s.p.) y Vázquez (1997, s.p.), mientras Sagüés (1988, s.p.) lo estima como parte de la defensa en juicio, de lo que debe suponerse que el derecho a recurrir el fallo obliga a implementar un recurso, o más, apto(s) para impugnar errores o vicios a favor del acusado, al tener en cuenta que el derecho a la defensa es exclusivo de este, consideración que comparte Sosa (2019, s.p.).

También se acrecienta la coincidencia de los especialistas en la importancia de los recursos —y, entre ellos, la apelación— como parte de las garantías procesales; según Goite (2009, s.p.), una serie de «escudos protectores» de los individuos para que el ejercicio del poder penal del Estado no se convierta, a veces sin estar consciente de ello, en una aplicación arbitraria de la justicia, en función de salvaguardar, en primer orden, a la sociedad que, al unirse con los principios limitativos del *ius*

puniendi, conforman un sistema de protección total y de eficacia en el tratamiento jurídico-penal a los ciudadanos.

III. LA APELACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL MILITAR CUBANA

3.1. Pasado

El autor coincide con Domínguez (2005, s.p.) en que, en la historia jurídica de Cuba, las primeras leyes en vigor correspondían a los colonizadores españoles, y la particularidad presente, desde la etapa colonial hasta nuestros días, relacionada con la coexistencia de leyes procesales llamadas *ordinarias* y *militares*.

Entre las primeras normas apareció el Fuero Real, que en su Libro II daba tratamiento a los recursos contra las sentencias, evolución que continuó con la Ley de 11 de abril de 1868, al instituir en materia penal el juicio oral y el recurso de casación, hasta entonces solo comprendido en la LEC. Más tarde, el 14 de septiembre de 1882, se promulgaba en España la LECrim, que recibió algunas modificaciones, con las cuales pasó a regir en Cuba y Puerto Rico, por el Real Decreto de 19 de octubre de 1888 —esta se mantuvo en vigor desde el 1.º de enero de 1889 hasta ser derogada por la LPP de 25 de junio de 1973. De forma paralela se sucedieron leyes adjetivas para el ámbito militar, como el Código de justicia militar de 1880, que comenzó a regir en Cuba el 1.º de enero de 1881, para el ejército español (Domínguez, 2005, s.p.).

Por la parte criolla, durante la primera etapa de la gesta libertadora contra el colonialismo español, no existieron códigos; Alemán (1994) resumía la situación de la manera siguiente:

> […] al iniciarse la primera guerra de independencia, en Cuba reinaba el caos y la anarquía en la esfera del Derecho general y en la administración de justicia en particular. En el régimen colonial existían diversas legislaciones promulgadas por la Metrópoli y adaptadas a su provincia de ultramar, así como: tribunales civiles, militares, eclesiásticos, mercantiles, etc. Además, estos órganos se caracterizaban por su inestabilidad (frecuentes cambios), puede afirmarse que por esta época era tanta la dispersión del Derecho español, incluido el militar, que éste no era cabalmente conocido por nadie, al punto [de] que el Supremo Consejo de

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> Guerra español expuso: '…no es raro encontrar medidas que se contradicen y platos para satisfacer todos los gustos […]'. (p. 2)

No obstante, insignes patriotas eran juristas y poseían una vasta cultura general, lo que les hacía conscientes, al decir de Domínguez (2005, s.p.) de la necesidad de normas moderadoras de la conducta humana, aun en las difíciles condiciones que la incipiente campaña imponía. Surgieron ordenanzas militares, bandos, entre otros tipos de normas, que regularon muchos aspectos organizativos de la actividad del Ejército Libertador, incluido el trabajo de los Consejos de Guerra que impartían justicia en él; luego, la Constitución de Guáimaro (1869) estableció principios estructurales sobre el funcionamiento de los tribunales en el también llamado *Ejército Mambí*, hasta llegar a regularse el procedimiento penal en detalles y, en algunos casos, el recurso de apelación.

En tal sentido, Domínguez (2005, s.p.) mencionaba que la Ley judicial de la República de Cuba en Armas, de 20 de agosto de 1884, establecía una segunda instancia, sin denominar el recurso mediante el cual tendría lugar y, además, un recurso de revisión contra sentencias firmes; en tanto, la Ley procesal de Cuba en Armas, de 28 de julio de 1896, regulaba los recursos de apelación y revisión. El primero solo procedía contra las sentencias que imponían penas de muerte, degradación pública, inhabilitación perpetua, absoluta o especial, pérdida de empleo o grado, en el procedimiento ordinario. Podía emplearse por el propio sancionado, en el acto o dentro de las 24 horas de la notificación, ante el propio tribunal. El fiscal no podía recurrir en apelación y, de encontrarse inconforme, lo hacía en revisión, recurso que solo admitía valorar cuestiones de Derecho.

Si se imponía la pena de muerte, la apelación se entendía interpuesta de oficio. De ser otra la sanción, se emitía un informe previo por el auditor; después, la autoridad judicial que confirmaba la sentencia dictaba auto en que aceptaba o denegaba el recurso. No existían causas para la apelación y se resolvían de manera libre todas las cuestiones propuestas en el plenario, aun cuando no fueran objeto del recurso —es decir, era un recurso ordinario e ilimitado. Se resolvía en una segunda instancia, o sea, en un segundo juicio que, de acuerdo con las circunstancias imperantes —en campaña— era efectuado por otro Consejo de Guerra —órgano jurisdiccional colegiado de nivel superior— o, en último extremo, si otra cosa no era posible, por uno dispuesto por la propia autoridad judicial ante la cual se recurría, en una suerte de recurso horizontal.

En cuanto a sus efectos, unas veces era devolutivo —lo resolvía un tribunal distinto y superior—, y otras no —si se resolvía por uno diferente, pero del mismo nivel. Se podían dar por reproducidas las pruebas practicadas en primera instancia, siempre que el resultado constara suficientemente, pero no se podían admitir aquellas que no constaban de modo claro, o las que no se hubiesen practicado con anterioridad. No se daba recurso alguno contra las sentencias que se dictaban en esta segunda instancia ni se realizaban referencias respecto al efecto suspensivo, aunque lo asumía en cuanto a la pena de muerte. Tampoco se efectuaban precisiones sobre la *non reformatio in peius*. En resumen, el recurso era mucho más amplio de lo que establecía la LECrim, y la vista podía convertirse en una *segunda-primera instancia*.

De acuerdo con referencias de Domínguez (2005, s.p.), luego, la Ley de procedimiento militar, de 18 de enero de 1909, contemplaba el recurso de revisión contra sentencias firmes —carácter excepcional. Por su parte, la Ley de procedimiento para la jurisdicción de guerra —en vigor por el Decreto-Ley No. 804, de cuatro de abril de 1936—, previó los recursos de apelación, casación y revisión. Tenía dos causales: una, por incongruencia entre el contenido del acta del juicio oral y la sentencia, y la segunda, por hechos o circunstancias posteriores a la sentencia o que, siendo anteriores, no fueron apreciados por el tribunal de primera instancia. Podían establecer el recurso los acusados o sus herederos, el defensor o la autoridad que hubiese ordenado la elevación de la causa a plenario. El término para recurrir era de cinco días, aunque se concedía la posibilidad de interponerlo de manera verbal por el acusado o su defensor, en el acto de notificación de la sentencia, para lo cual expondría solo que no estaba conforme y que contra ella acudiría ante el tribunal superior de la jurisdicción de guerra. La autoridad judicial podía admitir el recurso mediante auto fundado o no admitirlo, pero en ambos casos tenía que elevar la causa a dicha instancia. La apelación admitía la práctica de pruebas, bajo determinadas circunstancias que fueran aceptadas por el tribunal *ad quem;* se efectuaba con vista y, según esta ley, tenía la condición de recurso extraordinario por las causas que se establecían; además, poseía efectos devolutivos limitados.

Seguidamente, al decir de Domínguez (2005, s.p.), el *Código de procedimiento de la jurisdicción de guerra* —contenido en la Ley-Decreto No. 2032, de 27 de enero de 1955—, reguló los recursos de apelación, casación y revisión. Podían interponerse solo contra las senten-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

cias dictadas por delitos que conllevaban la pena de muerte o la baja del servicio, o si existía algún voto particular. En caso de sentencia de muerte, se entendía interpuesta de oficio la casación, pero esto no impedía que se pudiera recurrir en apelación o casación, según el caso. Contenía dos causas: por evidenciarse manifiesta incongruencia entre la resultancia de las pruebas practicadas en el juicio oral y la sentencia dictada por el tribunal de instancia; y cuando hechos, circunstancias o pruebas posteriores a la sentencia, o anteriores, si eran desconocidos, resultaban de tal importancia que hicieran o permitiesen variar los pronunciamientos de aquella. Les era posible recurrir al acusado, su defensor y la autoridad judicial que dispuso la formación de la causa. En el caso de los primeros, estaban facultados a hacerlo de forma verbal en el acto de la notificación o por escrito, dentro de los cinco días siguientes a esta. El escrito se entregaba a la autoridad judicial que hubiera dispuesto la formación de la causa. El pleno del tribunal superior podía admitir el recurso o denegar su admisión, si no cumplía los requisitos de presentación. Se podían aceptar y practicar pruebas y, también, disponerlas de oficio. La apelación tenía lugar con vista y, de cierta forma, constituía una segunda instancia; era un recurso extraordinario, devolutivo y de alcance limitado al dar solución a la causa invocada. La sentencia, bajo determinados supuestos, era susceptible de recurrirse en casación.

Después, la Ley No. 1201, De procedimiento penal militar, de 30 de septiembre de 1966, coexistió con la Ley No. 1251 de 1973, De procedimiento penal. Sus recursos eran la apelación, la queja y la revisión. En el caso de la primera, era un recurso ordinario, devolutivo e ilimitado, ya que no se requería motivo alguno para interponerlo. Se resolvía por un tribunal superior, con amplias posibilidades para decidir. La disposición nada especificaba sobre los posibles efectos suspensivos de la impugnación.

El recurso podía ser interpuesto por las partes, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia dictada por los tribunales militares, en primera instancia. Se consideraba presentado de oficio en el caso de la sanción de muerte. Se efectuaba vista, se admitían y practicaban pruebas, y la decisión era adoptada siempre por el tribunal *ad quem*, es decir, que nunca existía renvío. Por todo ello, constituía una verdadera segunda instancia y así era denominado en la ley. Respecto a la *non reformatio in pejus*, nada se establecía, pero en la práctica judicial se respetaba.

Desde la época colonial, en Cuba coexistieron dos procedimientos, uno para el empleo de los llamados tribunales *ordinarios* o *civiles* —en la actualidad: populares—, y otro para los órganos militares de justicia. Así ocurrió hasta que los mencionados cuerpos normativos fueron sustituidos por las citadas LPP [GOR-O (32), 1977, pp. 321-367] y LPPM [GOR-O (33), 1977, p. 369-469], ambas de 1977, disposiciones estas con sustanciales diferencias desde sus orígenes.

Al comparar los medios de impugnación contenidos en las indicadas normas procesales, Bodes (2001, s.p.) afirmó que la militar tuvo gran influencia del derecho de los países socialistas de la época en que fue dictada, mientras que, en la ordinaria, no obstante haber sido enriquecida con las modernas ideas propugnadas por los procesalistas contemporáneos, así como en la experiencia práctica de la realidad nacional, se respiraba un fuerte olor a la LECrim, que fue su tronco original.

De acuerdo con Domínguez (2005, s.p.), puede afirmarse que, en el proceso legislativo de la LPPM [GOR-O (33), 1977, p. 369-469], desde la presentación del proyecto hasta su promulgación como ley, el modelo que sirvió de guía fue el Código de procedimiento penal de la entonces República Socialista Federativa Soviética Rusa, que se inscribía por aquellos tiempos en lo que se denominó «derecho de nuevo tipo», con semejanzas entre las instituciones reguladas en ambas normas procesales, como resultado de la evolución histórica, pero también con diferencias marcadas respecto al Derecho contenido en la Ley No. 1201 de 1966, vigente hasta entonces.

Una mirada a los medios de impugnación de ambas leyes procesales permitía discernir, por ejemplo, que la LPPM [GOR-O (33), 1977, p. 369-469] establecía los recursos de queja y casación, y los procedimientos especiales de inspección judicial y revisión, mientras que la LPP [GOR-O (32), 1977, pp. 321-367] preveía los recursos de queja, súplica, apelación y casación, y el procedimiento especial de revisión.

La LPPM [GOR-O (33), 1977, p. 369-469] no estableció la apelación dentro del rito procesal; sobre la postura del modelo, De Castro (1934, s.p.) rememoró cómo una parte de los procesalistas estimaban que franquear la posibilidad de una segunda instancia daría lugar a que una buena cantidad de los recursos desembocaran en nuevos juicios orales, con un alto costo, además de considerarlo innecesario.

Por su parte, la LPP [GOR-O (32), 1977, pp. 321-367] reglamentó el recurso de apelación, que procedía contra las sentencias de los TMP y

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

las resoluciones que dictaran estos órganos para aplicar medidas de seguridad; los autos de los TPP que denegasen o rechazaran de plano las solicitudes de *habeas corpus*; las sentencias que impusieran la sanción de muerte o que, habiéndola solicitado el fiscal, el tribunal absolvió o sancionó por una distinta; los autos que denegaran la solicitud de extradición; y las sentencias dictadas en juicios celebrados por el procedimiento abreviado.

A partir de las peculiaridades de su formulación, era considerado un recurso ordinario, ilimitado, devolutivo y siempre productor de efectos suspensivos. Conocían de él, según el caso, las salas correspondientes de los TPP y el TSP. Este recurso admitía la propuesta de reproducción de pruebas por las partes, sobre las que el tribunal debía decidir si las acogía o no, al valorar su pertinencia, o al disponer de oficio las demás que estimase necesarias, lo que no dejó duda en relación a que constituía una segunda instancia, en la cual se podía dictar de modo libre una nueva sentencia.

Mención aparte merece la observancia del principio jurídico de *non reformatio in peius*, respecto al que no se pronunciaba la citada LPP [GOR-O (32), 1977, pp. 321-367]; sin embargo, ello fue complementado con la Instrucción No. 63, de 11 de mayo de 1977, del CG-TSP, que salvó tal carencia al disponer que

> […] la facultad de los tribunales […] populares para sancionar a acusados absueltos, o imponer sanciones más graves a las ya impuestas, al conocer de los recursos de apelación establecidos contra las sentencias de los de la base, estaba limitada a los casos específicos de recursos interpuestos por el fiscal solo o simultáneamente con los acusados […]. (Rivero, 2012, s.p.)

Otra garantía destacable lo constituyó el hecho de que, cuando la sentencia imponía la pena de muerte, el recurso de apelación se entendía interpuesto de oficio, lo que se correspondía con las proyecciones de la ONU en ese sentido.

A partir de los elementos expuestos, el escenario procesal penal cubano presentaba contradicciones de fondo entre el sistema de medios de impugnación de las dos leyes vigentes en aquel momento; el militar no satisfacía las garantías establecidas en los instrumentos internacionales, dadas las limitaciones para la inspección de la actividad jurisdiccional desempeñada por los tribunales inferiores, con expresión en el enfrentamiento a las decisiones arbitrarias o irracionales y los escasos mecanismos

para enmendar los llamados *vicios procesales*; la inexistencia de un recurso de apelación a nivel de los TMR y el alcance restringido de la casación obligaban a que, casos muy complejos y con elevadas sanciones, que hubieran podido resolverse en una segunda instancia, sobre la base de un recurso de alcance ilimitado y con la posibilidad de práctica de pruebas, nuevas o de reproducción, tenían que ser devueltos al tribunal de instancia; lo anterior conducía, en ocasiones, a la repetición innecesaria de los juicios orales, cuando el carácter del defecto podía ser enmendado por el propio tribunal que sentenció, sin los inconvenientes de la reproducción total de la vista.

Por otro lado, existían limitaciones en cuanto al cuestionamiento de los hechos probados y la valoración de las pruebas, con casos en los que resultaba aconsejable la reproducción de las practicadas en la instancia u otras nuevas, lo que no era admitido en casación. En esa misma arista, la valoración de las pruebas por el órgano que conocía de este recurso se limitaba a la revisión o el análisis del cumplimiento de los principios de la lógica y la legalidad por el órgano de instancia en su argumentación, así como su interrelación con lo reflejado en el acta del juicio oral. A ello se sumaba la existencia de cuatro órganos jurisdiccionales —tres TMT y la Sala de lo Militar del TSP— que conocían exámenes en casación, cuya naturaleza jurídica unificadora se dificultaba ante complejos aspectos de la práctica judicial, todo lo que repercutía en la restricción de las garantías constitucionales de la parte agraviada para defenderse y ejercer, en mejores condiciones, su derecho a un recurso efectivo.

Con la inclusión de la apelación en el proceso penal militar se daría un paso de avance en el sentido unificador, al eliminar, en cierta medida, una dicotomía que a veces se tornaba compleja desde el punto de vista teórico y práctico, pues tanto el ciudadano común como los operadores del Derecho estaban sometidos al imperio de dos leyes procesales con significativas diferencias.

3.2. Presente

El 28 de octubre de 2021, la ANPP aprobó la ya mencionada LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], que sustituyó la citada LPP [GOR-O (32), 1977, pp. 321-367]. La nueva ley, bajo el rubro de «Las impugnaciones», recoge el recurso de queja y dedica un título a los que se pueden interponer contra las resoluciones judiciales, entre ellos, los de súplica,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

apelación y casación; asimismo, previó los llamados *Procedimientos especiales* y, entre estos, el proceso de revisión.

El 21 de diciembre del propio año, el mismo órgano legislativo aprobó la LPRPM [GOR-E (12), 2021, pp. 575-715], sucesora de la LPPM [GOR-O (33), 1977, p. 369-469]; en la actual, incluyó la apelación entre los recursos para combatir las decisiones judiciales, con lo cual se alcanzó, desde el punto de vista del autor, un paso de avance en la configuración del catálogo de medios de impugnación previstos en el proceso penal militar.

Los puntos de encuentro o las similitudes en la manera de articular el recurso de apelación entre ambas leyes superan, con amplio margen, las divergencias anteriores, en lo que influyen no solo los cambios de nomencladores en cuanto a la estructura de los órganos de justicia de la llamada jurisdicción ordinaria (civil) y la militar, sino, incluso, las peculiaridades relacionadas con los asuntos que constituyen objeto de su atención, ejercicio que, sin lugar a duda, coadyuva a la homologación del tratamiento jurídico que se brinda en las dos leyes procesales vigentes en Cuba, a tono con los postulados de la CRC [GOR-E (5), 2019, 69-116], enriquecidos con el reciente proceso de reforma.

Las confluencias se perciben desde la ubicación del tema en las citadas disposiciones, en las que se reserva el libro sexto, con igual nombre: Las impugnaciones, para dar tratamiento al recurso de apelación; seguido por las disposiciones preliminares —en esencia similares—, en las que se establece el trámite de admisibilidad, con énfasis en los plazos para la interposición del recurso y la flexibilización de estos en casos excepcionales, por causas no atribuibles al recurrente, entre otros requerimientos cuya apreciación solo corresponde al fiscal que resuelve o al tribunal superior.

Resalta la posibilidad, de los recurrentes u oponentes, de acompañar documentos sobre la falta denunciada; como, también, la de proponer pruebas y la facultad del tribunal que resolverá el asunto para decidir qué medios probatorios se reproducen o cuales han de practicarse de oficio. Entre los sujetos que pueden establecer el recurso de apelación, se establece, además del fiscal, el acusado o su defensor y la V-P, al tercero civilmente responsable, aunque limitado a cuestiones relativas a la responsabilidad civil que lo afecte.

Impacto innegable en los derechos de las partes producen las prerrogativas de examinar las actuaciones en la sede del tribunal, a los fines

de la interposición del recurso, y desistir de este mientras no sea resuelto; la alusión al efecto suspensivo que han de producir, siempre, los recursos de apelación y casación; la prohibición de la *reformatio in peius*, tanto por el tribunal que resuelve el recurso como por el que recibe de vuelta las actuaciones, al disponerse la retroacción del proceso —renvío—; algo similar ocurre con el efecto extensivo, cuando el resultado favorable se extiende a los demás acusados y terceros civilmente responsables, en lo procedente.

Otro aspecto llamativo es la inclusión del *doble conforme*, en los artículos 605 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4206], y 595 de la LPRPM [GOR-E (12), 2021, p. 688], al brindar la posibilidad al acusado sancionado por primera vez, en virtud de algún recurso, de establecer el de casación contra esa decisión.

En cuanto a los tipos de apelación, ambas normas coinciden [GOR-O (32), 1977, pp. 321-367]; permiten establecerla contra los autos que deniegan las solicitudes de *habeas corpus*; las sentencias que impongan la sanción de privación perpetua de la libertad o de muerte; los casos en que el fiscal solicitó la privación perpetua de libertad o la muerte y el tribunal absolvió o sancionó con otra, siempre que el solicitante insista en la pena interesada; los autos que resuelven la solicitud de extradición; o causales de artículos de previo y especial pronunciamiento; los autos de no admisión de querella; los que aplican o deniegan la retroactividad de la ley; aquellos que deniegan la nulidad de la sentencia firme dictada contra acusados ausentes; o los que resuelven el sobreseimiento definitivo y el condicionado; así como el que resuelve incidentes sobre responsabilidad civil.

En cuanto a la formulación de este tipo de recurso, existen diferencias entre la legislación procesal ordinaria y la militar, pues mientras la LPRP [GOR-O (140), 2021], concibe la posibilidad de interponerlo contra aquellas sentencias en que se sancione por primera vez a un acusado, en el proceso de revisión, por delitos con marco sancionador hasta ocho años de privación de libertad —Artículo 608.13, p. 4207—, la LPRPM [GOR-E (12), 2021] da esa posibilidad cuando la sentencia haya sido dictada por un TMR, cuya competencia se extiende al juzgamiento de delitos cuyo marco sancionador sea inferior a 20 años de privación de libertad —artículos 598.12 y 97.1, pp. 689, 592. Otro disenso concierne a los autos del tribunal competente que ordenen el cumplimiento de las ejecutorias dictadas por

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

tribunales extranjeros contra cubanos, con arreglo a los tratados en vigor para Cuba, previstos en la citada LPRP, no así en la ley rituaria penal militar.

Divergencias también identificadas, por ejemplo, en las precisiones para el procedimiento por delitos sancionables hasta tres años de privación de libertad o multas hasta de mil cuotas o ambas, cuya sentencia puede ser recurrida por el fiscal —según la ley ordinaria—, aunque no haya asistido al juicio —Artículo 597.2, LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4205]—, mientras en la militar solo puede hacerlo cuando haya asistido al citado acto de justicia —Artículo 587.2, LPRPM [GOR-E (12), 2021, p. 687].

Precisa la LPRPM [GOR-E (12), 2021] la obligación del fiscal militar de recurrir los autos y sentencias que considere ilegales o infundados, excepto los casos previstos en el citado Artículo 587.2, desarrollo que no encuentra similitud en la norma ordinaria.

Destaca en las dos leyes procesales la posibilidad de celebrar la vista de apelación con práctica de pruebas para resolver asuntos en los que se interponen recursos sobre cuestiones de hecho; pero bajo el principio de que el recurso objeto de análisis en ningún caso implica la devolución de las actuaciones o la retroacción del proceso; la LPRPM [GOR-E (12), 2021] precisa que, al advertir defectos de forma o insuficiencias probatorias, el tribunal celebra la vista de apelación con práctica de pruebas para resolver el asunto (Artículo 602.2, p. 689).

En cuanto a los recursos de apelación contra sentencias que resuelven sobre sanciones de privación perpetua de libertad o de muerte, las dictadas en procedimiento ordinario y en procedimientos por delitos sancionables hasta tres años de privación de libertad o multas hasta mil cuotas o ambas, con la excepción de los órganos involucrados (dadas las diferencias de nomencladores y estructuras ya señaladas), son apreciables las similitudes en la configuración normativa de ambas leyes procesales, ya sea en cuanto a los sujetos con derecho a interponer el recurso de apelación, los plazos, el órgano ante el que se presenta, el tribunal que resuelve, el trámite de comunicación a todas las partes, las posibilidades de propuestas de prueba por recurrentes u oponentes, la reserva al órgano decisor de la facultad de disponer la celebración —o no— de la vista de apelación y la posibilidad de las partes de interesar el reanálisis de tal decisión, los requerimientos de la celebración de dicha vista, entre los que se previó lo concerniente a la asistencia a la misma (obligatoria para

algunos y a elección de otros), en dependencia del rol recursivo que adopten en el caso concreto.

Como también en las dos quedaron estipuladas las consecuencias de la incomparecencia injustificada del apelante a la vista, y las reglas o el contenido de la sentencia resolutoria del citado recurso. Se homologó de igual forma lo relativo al acta de la vista de apelación, a la conclusión del mencionado acto, a los términos del dictado de la sentencia y para la devolución del proceso al tribunal de instancia.

En lo concerniente a las exigencias del recurso, coinciden las dos leyes de procedimiento penal en su carácter escrito y la necesidad de que se expongan las razones que justifiquen su inconformidad con la sentencia.

IV. CONCLUSIONES

Los elementos abordados demuestran la importancia y actualidad de las temáticas tratadas, las que presentan innegable complejidad, agudizada en su momento por la coexistencia de dos leyes que no siempre ni en todo coincidían.

El sistema de medios de impugnación debe tener como objetivo principal, dentro de ciertos límites que garanticen la estabilidad de las decisiones judiciales, permitir el reanálisis de las resoluciones de los tribunales, bien sea a instancia de parte, bien de oficio, o —en el caso de los procedimientos especiales— por decisión de los funcionarios legislativamente facultados, toda vez que las rectificaciones que su diligenciamiento pueda producir también influyen en el logro de la mencionada estabilidad.

Los medios de impugnación que se eligen, sus características y otras particularidades alrededor de ellos, dependen, más que de afiliarse a una teoría determinada, a los propósitos que persigue el Estado en tal sentido.

La casación constituye un aporte de trascendencia histórica al Derecho en general y al procesal en particular; pocos han sido los textos legales que han tenido vigor en Cuba que no han establecido la casación como uno de sus recursos. La práctica judicial de los tribunales cubanos revela que esta, aun con sus imperfecciones, es necesaria y ocupa un lugar en el sistema de medios de impugnación; en correspondencia, el recurso

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

de casación en ambas leyes procesales está en condiciones de cumplir su cometido.

Como ocurre en otras áreas del conocimiento, el paso de los años presenta nuevas demandas a las instituciones jurídicas; en consecuencia, era lógico el cuestionamiento respecto a si las anteriores y las vigentes eran suficientes y si se correspondían con el desarrollo de la sociedad y el Derecho.

La ausencia del recurso de apelación en la derogada LPPM [GOR-O (33), 1977, p. 369-469] obedecía a su sistemática, pero su inclusión ha tenido efectos favorecedores para el procedimiento militar y la unificación de la legislación procesal en el país, con las ventajas que entraña en el orden social, al ampliar los derechos de las partes y el acceso a la justicia, a través de un recurso más efectivo.

Los profundos cambios que se operan con la inclusión de la apelación en el PPM requieren, además, de la continua y cada vez más profunda preparación de los especialistas que deben aplicarlo, dada la escasa experiencia en cuanto al tema y la necesidad de integrar, de modo armónico, su implementación en el contexto social y jurídico cubano.

Como puede apreciarse, y con independencia de los aspectos que se agolpaban a favor de la inserción de la apelación en el PPM, ha resultado un tema polémico; de ahí que existiera la necesidad de un mejor delineado técnico-jurídico por su impacto en materia de igualdad y humanismo, el trabajo con las condiciones sociales que no solo le dan origen, sino las que permiten que la ley no se convierta en letra muerta y logre su pretendida efectividad, así como el perfeccionamiento del debido proceso en el escenario jurídico de la nación.

V. REFERENCIAS

Aguilar Torres, R. (2002). El recurso de apelación en materia penal. *Iuris Dictio*, *3*(6). https://doi.org/10.18272/iu.v3i6.590

Aikin Araluce, S. (1996). *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Reus.

Alemán Cruz, F. T. (1994). Conferencia sobre la concepción, organización y funcionamiento de la administración de justicia durante las guerras de independencia en Cuba. Centro de Información para la Defensa.

Alonso Romero, M. P. (1996). El Conflicto penal en la Castilla moderna. *Revista de Historia Moderna,* (22). https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/34270/199-216.pdf?sequence=1

Bodes Torres, J. (2001). *Sistema de justicia y procedimiento penal*. Ciencias Sociales.

Burdese, A. (2019). *Manual de Derecho público romano*. Ediciones Jurídicas Olejnik.

Código de procedimiento de la jurisdicción de guerra, contenido en la Ley-Decreto No. 2032. (27 de enero de 1955). Compilación de leyes procesales penales militares. Universidad Militar de Ciencias Jurídicas Comandante Arides Estévez Sánchez.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 63. (Mayo 11, 1977). Disponible en los archivos del Tribunal Supremo Popular.

Constitución de Guáimaro. (Abril 10, 1869). https://www.parlamentocubano.gob.cu/sites/default/files/documento/2022-06/CONSTITUCION-DE-1869-GU%C3%81IMARO_0.pdf

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Couture, E. J. (1958). *Fundamentos de Derecho procesal civil* (3.ª ed.). Perrot.

De Castro, H. (1934). *Principios del Derecho soviético*. Reus.

De León Velasco, H. A. (s.f.). *El recurso de casación penal. Los recursos en el sistema procesal penal guatemalteco y en el derecho comparado*. Universitat Autonoma de Barcelona.

Doig Díaz, Y. (2004). El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación. En J. Hurtado, *La reforma del proceso penal peruano*, 187-236. Fondo Editorial de la PUCP.

Domínguez Sánchez, J. L. (2005). *La casación en el procedimiento penal militar en Cuba. Reflexiones sobre la conveniencia de incorporar al mismo la apelación, en tanto segunda instancia* [tesis de especialidad. Universidad de La Habana].

Enciclopedia Jurídica Omeba. (s.f.). www.omeba.info

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Fairén Guillén, V. (1990). *Doctrina general del Derecho procesal.* Bosch.

Fernández de Buján, A. (2007). *Derecho público romano* (10.ª ed.). Cizur Menor.

Florián, E. (1990). *Elementos de Derecho procesal penal.* Bosch.

Goite Pierre, M. (2009). Principios e instituciones de las reformas procesales: seguridad jurídica, *non bis in idem*, cosa juzgada y revisión penal. *Ius*, (24), 199-214.

Gutiérrez Quisbert, R. A. (s.f.). Los medios de impugnación en el proceso civil. Los recursos de revocatoria, casación y compulsa. Universidad Mayor de San Andrés. http://www.monografías.com

Jerí Cisneros, J. G. (2002). Teoría general de la impugnación penal y la problemática de la apelación del auto de no ha lugar a la apertura de instrucción por el agraviado. UNMSM. https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/jeri_cj-htm

Lara López, A. M. (2014). Evolución histórica de la apelación y la segunda instancia penal hasta la Ley de enjuiciamiento criminal española de 1882. *Revista Europea de Historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas.* Servicios Académicos Intercontinentales. http://www.eumed.net/rev/rehipip/

Ley de procedimiento militar. (Enero 18, 1909). *Compilación de leyes procesales penales militares*. Universidad Militar de Ciencias Jurídicas «Comandante Arides Estévez Sánchez».

Ley de procedimiento para la jurisdicción de guerra, en vigor por el Decreto-Ley No. 804. (abril 4, 1936). *Compilación de leyes procesales penales militares.* Universidad Militar de Ciencias Jurídicas «Comandante Arides Estévez Sánchez».

Ley judicial de la República de Cuba en Armas. (Agosto 20, 1884). *Compendio de leyes penales militares*. MINJUS.

Ley No. 1201, De procedimiento penal militar. (Septiembre 30, 1966). *Compilación de leyes procesales penales militares*. Universidad Militar de Ciencias Jurídicas «Comandante Arides Estévez Sánchez».

Ley No. 1251, Ley de procedimiento penal. (Junio 25, 1973). *Publicación de legislaciones* II. MINJUS. https://books.google.com.cu/books/about/Ley_de_procedimiento_penal.html?id=VKt4PAAACAAJ&redir_esc=y

Ley No. 5, De procedimiento penal. (Agosto 15, 1977). GOR-O (32), 321-367.

Ley No. 6, Ley procesal penal militar. (Agosto 18, 1977). GOR-O (33), 369-469.

Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

Ley No. 147, Del proceso penal militar. (Diciembre 21, 2021). GOR-E (12), 575-715.

Ley procesal de Cuba en Armas. (Julio 28, 1896). *Leyes penales de la Revolución*. Lex.

Maier, J. B. (Junio de 2003). El recurso como garantía del Derecho. *Justicia y Derecho*, (1), 49-56.

Mendoza Díaz, J. (2001). *Lecciones de Derecho procesal*. Universidad de La Habana-Universidad Autónoma Juan Misael Caracho.

Mommsen, T. (1899). *Derecho penal romano*. Marcial Pons.

Morán Martín , R. (2002). *Historia del Derecho privado, penal y procesal* (t. 1). Dykinson.

Palacio, L. E. (2003). *Manual de Derecho procesal civil* (t. 5). Abeledo-Perrot.

Pallares, E. (1994). *Diccionario de Derecho procesal civil*. Porrúa.

Recopilación de instrumentos internacionales. (1994). (1.ª parte). Naciones Unidas.

Rivero García, D. (2012). *Ley de procedimiento penal (Comentada con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular)*. Ediciones ONBC.

Rivero García, D. (s.f.). Los medios de impugnación. Temas de Derecho procesal penal. Universidad de La Habana.

Sagüés, N. P. (1988). *La instancia judicial plural penal en la Constitución argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*. LL.

Sosa Ravelo, M. (Julio 1.º, 2019). *La doble conformidad y el proceso penal cubano* [tesis doctoral. Universidad de La Habana].

Vázquez Rossi, J. E. (1997). *Derecho procesal penal* (t. 2). Rubinzal-Culzoni.

 ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Villalobos, G. (2010). Medios de impugnación. http;//www.monografías.com/trabajos10/reap/reap.shtml.

Villapalos Salas, G. (1976). Los recursos contra los actos del gobierno en la baja edad media. https://doi.org/10.24965/da.vi172.4195

Yépez, M. (2014). Garantía doble conforme. http://www.derechoecuador.com/artículos

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Julio 12, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN FUNCIÓN DEL DEBIDO PROCESO

EXECUTION OF SENTENCES BASED ON DUE PROCESS OF LAW

M.Sc. Raiza López Varona

Presidenta, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, Tribunal Supremo Popular, Cuba

Código ORCID: 0009-0007-5116-9235

raiza@tsp.gob.cu

M.Sc. Isabel Inés Arredondo Suárez

Magistrada, Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo, Tribunal Supremo Popular, Cuba

isabelas@tsp.gob.cu

Resumen

El presente trabajo tiene el cometido de mostrar la relevancia que se le confiere al efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes, como forma de materializar el derecho reconocido a favor de una persona determinada, desde una mirada conforme con la Constitución de la República y las disposiciones normativas, tanto orgánicas como procesales, vigentes en el país. Se acude al análisis del ordenamiento precedente y el Derecho comparado, en diálogo con el quehacer judicial cubano, para puntualizar las insuficiencias que atentaban contra el efectivo cumplimiento del mandato judicial y enfatizar en la consistencia del actual diseño del proceso de ejecución y, particularmente, en las conminaciones económicas, como nuevas herramientas que, con el adecuado manejo por los operadores jurídicos, sin dudas, tributarán a la efectividad de la justicia judicial.

Palabras clave: Tutela judicial efectiva; debido proceso; ejecución de disposiciones firmes; medios de coerción; conminaciones económicas.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Abstract

The purpose of this paper is to show the relevance given to the effective enforcement of final judicial decisions, as a way of materialising the right recognised in favour of a specific person, from a viewpoint in accordance with the Constitution of the Republic and the normative provisions, both organic and procedural, in force in the country. An analysis of precedent and comparative law is used, in dialogue with Cuban judicial work, in order to point out the insufficiencies that hinder the effective fulfilment of the judicial mandate and to emphasise the consistency of the current design of the execution process and, particularly, in the economic injunctions, as new tools that, with the appropriate handling by the legal operators, will undoubtedly contribute to the effectiveness of judicial justice.

Keywords: *Effective judicial protection; due process; execution of firm provisions; means of coercion; economic injunctions.*

Sumario

I. Introducción; II. Deber de juzgar y ejecutar lo decidido; III. La ejecución de sentencias en la precedente ley de procedimiento; IV. Las conminaciones económicas en el nuevo régimen procesal; 4.1. Brevísimo planteamiento del tema; 4.2. En el Código de procesos; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El problema del establecimiento de efectivas garantías para la consecución del debido proceso resulta tema de innegable vigencia, no solo en el ámbito jurídico cubano, sino también en el contemporáneo, exigencia cuyo cumplimiento deviene inexcusable, al quedar fijado en el Artículo 1 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 71].

Tal afirmación delimita, a todas luces, el sentido de la actuación común, al dotar al juzgador de las nociones básicas e imprescindibles. Las cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y los instrumentos que sirven para su adecuado cauce, resultan indicadores infalibles para mejorar de manera efectiva la prestación del servicio público atribuido a los órganos jurisdiccionales, y hacen realidad, en el ámbito de acción

que corresponde, el propósito de la sociedad cubana de que prevalezca la justicia individual y social.

El acceso a la justicia y el debido proceso pueden constituirse en mera apariencia si las posibilidades de materializar el fallo quedan en el ámbito de los derechos formales, sin posibilidad de realización práctica, lo que no acontece en la realidad jurídica cubana, en la que resulta de interés constitucional no solo salvaguardar el acceso a la justicia efectiva sino, además, la consecución de sus fines garantizando la ejecución de los fallos que han adquirido firmeza.

II. DEBER DE JUZGAR Y EJECUTAR LO DECIDIDO

En primer orden, los tribunales tienen la alta función de impartir justicia, es decir, decidir mediante un proceso legal las controversias entre las partes de un conflicto, para lo que, ineludiblemente, han de ajustarse al Derecho vigente. Por tal razón, el texto constitucional cubano dedica todo un capítulo, (el V, del Título VI) a describir la estructura del Estado, a la actividad de los Tribunales de Justicia y, en su Artículo 147, proclama que «la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida en nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye» [GOR-E (5), 2019, p. 100]. Más adelante, en ese propio precepto, se deja establecido que la ley es la encargada de refrendar los principales objetivos de la actividad judicial, lo que se materializa en la Ley No. 140, encargada de regular la organización de los tribunales en Cuba [GOR-O (137), 2022, pp. 3929-3975].

Es explícito el Artículo 15, inciso b), de la mencionada ley orgánica [GOR-O (137), 2022, pp. 3933-3934] cuando, en sintonía con el precepto 94 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 86], consagra entre las garantías esenciales en el ejercicio de la función judicial, el debido proceso y particulariza la ejecución oportuna de las resoluciones firmes de los tribunales. Este precepto se afianza en la proyección del inciso c), que incluye también, como garantía, la tutela judicial efectiva, y la exalta como la «obligación de los órganos judiciales de proteger los derechos e intereses legítimos de las personas, mediante el aseguramiento del respeto a las garantías del acceso a la justicia y el debido proceso».

Entonces, resulta de interés constitucional no solo salvaguardar el acceso a la justicia efectiva, sino además, la consecución de sus fines garantizando la ejecución de los fallos que han adquirido firmeza, es

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

decir, los que han agotado los recursos permisibles o estos no han sido interpuestos, en el entendido de que, siendo el orden, la seguridad y la igualdad jurídica principios instrumentales con los que cuenta el Derecho para la realización de la justicia, no bastaría un pronunciamiento condenatorio si no se asegura su realización en la práctica.

La anterior afirmación se explica si tenemos en cuenta que la función jurisdiccional comprende tanto la actividad de conocimiento como la ejecución forzada de la decisión, y es que concebir la primera sin la posibilidad de la segunda sería admitir el supuesto de una decisión judicial ilusoria; para ello, el Artículo 92 de la Carta Magna [GOR-E (5), 2019] estipula que

> el Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Las decisiones judiciales son de obligatorio cumplimiento y su irrespeto deriva responsabilidad para quien las incumpla. (p. 86)

El Artículo 151 [GOR-E (5), 2019] enfatiza que

> las sentencias y demás resoluciones firmes de los tribunales, dictadas dentro de los límites de su competencia, son de obligatorio cumplimiento por los órganos del Estado, las entidades y los ciudadanos, tanto por los directamente afectados por ellas como por los que, no teniendo interés directo en su ejecución, tengan que intervenir en esta. (p. 101)

Los referidos enunciados se corresponden con criterios doctrinales que se mantienen vigentes desde la doctrina procesal civil italiana. En este sentido, se destaca Chiovenda (1954), su padre fundador, quien entendió que la tutela jurisdiccional, por medio de la actuación conforme a la ley, se presenta bajo tres formas fundamentales, a saber, *cognición, conservación* y *ejecución* (p. 30).

En similar sentido, Carnelutti (1995) asigna al proceso civil tres tipos de funciones: formación del mandato (proceso jurisdiccional), su ejecución (de la ejecución) y aseguramiento (de la prevención). Las dos primeras tienen como cometido la composición definitiva del litigio, mientras que la tercera logra su composición provisional (p. 6).

Cierto es que los modelos actuales de ejecución procesal que siguen la mayoría de los ordenamientos procesales del área derivan de un largo devenir histórico que, en sus orígenes, durante la primera etapa del

procedimiento civil romano, materializaba el fallo jurisdiccional por medio de la *manus iniectio*, que no es cosa distinta que una modalidad de ejecución personal de orden privado que facultaba al ejecutante para encarcelar al deudor hasta tanto cumpliera la condena impuesta, y podía llegar a disponer de su vida.

Con el decursar del tiempo, durante la etapa del Derecho romano clásico, la ejecución procesal se fue tornando patrimonial, bajo el imperio del procedimiento formulario, hasta arribar a la etapa justiniana, en que se configuran los rasgos esenciales visibles en el actual tratamiento conferido por los ordenamientos foráneos; no es posible pasar por alto el imperio del principio de *do tu das, do tu facio, facio ut des y facio ut facios* (doy para que des; doy para que hagas; hago para que des y hago para que hagas).

En resumen, tal como sostiene Parejo (1995), en referencia a las sentencias contencioso-administrativas, válida para lo aquí analizado, la ejecución es

> una actividad que, como regla general, debe estar en línea de continuidad con el título jurídico que le sirve de fundamento. Tiene por finalidad llevar a puro y debido efecto (realizar en la práctica) los pronunciamientos judiciales contenidos en la sentencia o resolución, por lo que debe comprender todo, pero al mismo tiempo sólo lo necesario a tal fin, de suerte que el resultado sea la identidad entre lo ejecutado y lo estatuido. (p. 499)

De esta idea y siguiendo la línea del propio autor (1995, pp. 499-450), se pueden identificar tres cuestiones o principios fundamentales sobre los cuales se debe desarrollar el trámite de ejecución de la sentencia: la ejecución debida, la interdicción de toda actividad de cumplimiento en fraude de la verdadera ejecución y la diligencia debida o lo que es lo mismo, dentro del tiempo razonable.

III. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA PRECEDENTE LEY DE PROCEDIMIENTO

El tratamiento que la derogada LPCALE [Mantecón, 2015, pp. 113-127] destinaba a la ejecución forzosa, ubicándola en sede judicial, se atempera a la herencia española, si bien con matices que la ubican en un nivel más avanzado, en tanto, a diferencia de aquella, agrupa en

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

un título único los procedimientos concernientes a toda la ejecución procesal, es decir, el de ejecución de las sentencias firmes y las transacciones aprobadas judicialmente, así como el de cumplimiento de los títulos de crédito que conllevan ejecución, y les siguen las normas sobre la vía de apremio y el incidente especial de intervención de terceros en la ejecución, conocido como *tercerías de dominio y de mejor derecho*, mientras que aquella distinguía la ejecución de sentencias y el juicio ejecutivo.

No obstante, durante su vigencia, saltaban a la vista carencias en el orden práctico, respecto a la actuación judicial, que denotaban la necesidad de identificar sus causas y diseñar los condicionamientos teóricos y normativos que tributaran a la eficiencia del cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales en materia civil.

Como circunstancia objetiva, sin negar la de orden subjetivo, referida a la probable impericia de algunos de los jueces a cargo del trámite, se advirtió la carencia de mecanismos con eficacia suficiente para vencer la resistencia del obligado, haciendo preponderar la facultad pública de carácter coercitivo que legitima la actuación del juez, en aras del cumplimiento coactivo de su sentencia.

A ello se adiciona la inexistencia en la norma instrumental de la figura auxiliar del juzgador, en una misión de por sí complicada, como aparece en Francia, con el *Huissier de justice*. Respecto a la figura aludida, Mendoza (1998) destaca:

> En Francia y otros ordenamientos procesales estrechamente vinculados al Derecho francés, existe la figura del *Huissier de justice*, el cual es un profesional independiente que tiene a su cargo, por delegación del juez, el cumplimiento de las sentencias.
>
> Se trata de un profesional liberal e independiente, pero que actúa a [*sic*] nombre del Estado y en el cual se delega una facultad de orden público debiendo, en el cumplimiento de su encomienda, solicitar autorización al juez para la realización de las diferentes acciones a las que se enfrenta en la ejecución forzosa. (s.p.)

La figura del *huissier* se remonta en el tiempo, en la historia de ese país. En su evolución tuvo a su cargo una gran diversidad de tareas vinculadas con la administración de justicia (notificación, ejecución, remate…). Fue en la época de Napoleón cuando la figura adquirió las delimitaciones que identifican a la profesión en estos momentos.

En similar sentido, es de notar la carencia en la realidad normativa nacional de una figura semejante a la del juez de ejecución en la jurisdicción penal, que cuenta con más de dos décadas de experiencia acumulada en la práctica judicial y actualmente se regula en la Ley No. 152, de 15 de mayo de 2022 [GOR-O (94), pp. 2697-2738].

Acotaba Mendoza (1998) que las dificultades principales acontecían cuando se trataba de la ejecución de las obligaciones referidas a la entrega de un bien o las relativas a la realización de una obligación de hacer; identificando la posible ocultación del bien por parte del obligado o la negativa a realizar la actividad a que le obliga la sentencia. El profesor comenta al respecto que la solución que ofrecía la ley procesal, entonces vigente, era limitada a lo que se conoce en la doctrina como cambio *in natura* de la obligación originaria, vale decir, la conversión en dinero del mandato, con la indemnización de los daños y perjucios, que no satisface el interés concreto del ejecutante (s.p.).

La demora en el cumplimiento de los fallos judiciales constituye una de las principales insatisfacciones mostradas por los ciudadanos en la impartición de la justicia y, en atención a ello, y a la debida observancia de las recomendaciones realizadas por la ANPP, durante la rendición de cuenta del TSP ante ese órgano, en octubre de 2007, el CG-TSP aprobó la Instrucción No. 186 [GOR-O (79), 2007, pp. 1309-1310], que agrupa cuantiosas regulaciones emanadas del ejercicio de la potestad reglamentaria, pone en contexto la situación y convoca a los órganos y organismos relacionados con la ejecución; de modo que centró la atención de los órganos jurisdiccionales en la necesidad de garantizar la realización de las decisiones de los tribunales, como única forma viable para la materialización del derecho reconocido a los interesados en los procesos ventilados en sede judicial.

Apremiaba, no obstante, establecer una regulación autónoma de la labor ejecutiva que consolidara los poderes del juez y delimitara las obligaciones de los involucrados, directa o indirectamente, con la consecución del cumplimiento efectivo; así, las leyes procesales, aprobadas por la ANPP el 28 de octubre de 2021, No. 141, CPR [GOR-O (138), pp. 3977-4069] y No. 142, LPA [GOR-O (139), pp. 4071-4093], en los artículos 57.2 y 22, respectivamente, regulan la facultad de los tribunales para aplicar determinadas sanciones pecuniarias, ante el incumplimiento del mandato judicial, en la primera, con la denominación de *conminaciones económicas* y, en la segunda, como *multas*, con independencia de la responsabilidad por daños y perjuicios en que pueda incurrir el incumplidor.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

IV. LAS CONMINACIONES ECONÓMICAS EN EL NUEVO RÉGIMEN PROCESAL

El CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] consolida tales aportes, al establecer directivas concretas que marcan una manera de hacer favorecedora del cumplimiento del fallo contenido en la resolución judicial condenatoria o el mandato ejecutivo, sea específica o genérica la naturaleza de la obligación, siendo, sucintamente, las primeras, las que consisten en lograr *un hacer, un no hacer o la entrega de una cosa* y, las segundas, las que obligan al pago de una cantidad de dinero, sea por ser el objeto propio y contenido de la sentencia de condena o como sustituto de la ejecución específica, cuando no es posible lograr *un hacer, un no hacer* o *la entrega de una cosa*, que caracterizan aquel tipo de ejecución.

Claro está que cada Estado se encarga de arbitrar los medios idóneos en el tema en comento, diseñando mecanismos para la obtención del interés específico del acreedor, presentes en el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], sea los de coacción, preferiblemente no los de coerción personal —en su mayor parte rechazados debido a la protección que a las personas y a su dignidad dispensan generalmente los textos constitucionales—, sino los de coacción indirecta de naturaleza penal y, en especial, los de carácter patrimonial (sanciones pecuniarias) con los que vencer la resistencia del ejecutado a cumplir lo ordenado en la sentencia, al tiempo que se incentiva su cumplimiento, sea personalísimo, o no.

También se plantean, en el sistema actual que aprueba el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], los mecanismos de subrogación, que ofrecen la posibilidad de sustituir al deudor en la realización de la prestación; siempre que sea posible, será el juez quien procure al acreedor su interés específico en la obligación o, según el caso, al tercero, como sustituto del deudor, quien efectúa la correspondiente prestación que produce la satisfacción del interés concreto de aquel.

No menos importante resultan los mecanismos para la obtención del interés genérico del acreedor, ante el fracaso de los medios de satisfacción del interés específico, siendo remedios que permiten al titular de un derecho paliar las consecuencias del incumplimiento; así destaca el resarcimiento de los daños, como medio reparador, cuando el deudor decida no cumplir la prestación, ni pueda ser sustituido.

4.1. Brevísimo planteamiento del tema

Las conminaciones son mecanismos de ejecución indirecta o de coacción, que tienden al cumplimiento de la condena, ya no por la actividad espontánea del condenado, sino por medio de una coerción sobre este; de ahí que se les conozca, indistintamente, como *medidas coercitivas, conminaciones, coacción al cumplimiento* o *ejecución indirecta*.

Estas resultan de novedosa incorporación a la normativa procesal cubana; se trata de medidas que sirven para estimular al deudor recalcitrante, a fin de que cumpla con el deber marcado por el fallo judicial. Su utilización en el Derecho procesal civil nacional se topaba con el obstáculo que suponía la inexistencia de un referente legal, frente al principio de legalidad inserto en la CRC, aunque cabe traer a colación el supuesto del párrafo segundo del Artículo 64 de la Ley general de la vivienda [GOR-E (3), 1989, p. 13], que resulta asimilable a una conminación económica, válida para la materia administrativa. El precepto señala:

> Si el conviviente pretendiera permanecer en la vivienda contra la voluntad de su propietario, la Dirección Municipal de la Vivienda, a solicitud de este, dictará Resolución, si procediere [*sic*], conminando al conviviente para que abandone la vivienda dentro del plazo de 30 días naturales siguientes a la fecha de la notificación de dicha Resolución, y transcurrido dicho plazo sin que el conviviente abandonara la vivienda, comunicará a las entidades de donde reciben sus ingresos todos los integrantes del núcleo del conviviente en cuestión, la obligación en que estarán de practicar un descuento mensual, por concepto de uso no autorizado del inmueble, ascendente al treinta por ciento (30%) de cada ingreso. De mantenerse esa situación por tres meses, las retenciones se elevarán al cincuenta por ciento (50%) mientras dure la ocupación de la vivienda. Las cantidades producto de estas retenciones se ingresarán al presupuesto del Estado.

Particularizando en el CPR [GOR-O (138), 2021], este texto legal autoriza, en su Artículo 469 (p. 4041) que, ante la negativa o resistencia del obligado, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, adopte las medidas que se requieran para el cumplimiento de sus resoluciones, entre estas las conminaciones personales y las económicas.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Para estudiar la figura de las conminaciones económicas es necesario partir de su indudable referente histórico como resulta de la técnica de las *astreintes*, medida discrecional y conminatoria cuya finalidad tiende a obtener el cumplimiento *in natura* de una obligación —de hacer, no hacer o de deshacer fundamentalmente—, que ha sido impuesta por una resolución judicial, mediante el establecimiento de una sanción económica, en general, fijada por día de atraso en el cumplimiento, o por otra unidad de tiempo, que aumenta en lo sucesivo, salvo cuando el juez la reajuste.

Esta institución tiene origen en la jurisprudencia de Francia, como la etimología de la palabra, que se corresponde con la sustantivación del verbo *astreindre*, a su vez originado en el latín *astringo*, que significa «apretar».

Sin apoyo legal excesivamente claro, ocasionando confusión acerca de su naturaleza, que tendía a englobarse en la indemnización de daños y perjuicios, aunque median profundas diferencias entre la astricción —con función conminatoria— y la indemnización por daños y perjuicios, con función resarcitoria.

Las astreintes difieren de los daños y perjuicios en que, mientras estos son definitivos y representan la compensación del perjuicio sufrido por el acreedor, aquellas son sanciones fijadas provisoria y arbitrariamente por los jueces, que pueden modificarlas a voluntad y cancelarlas o anularlas, si la obligación es cumplida. Los daños y perjuicios se fijan en sustitución del cumplimiento *in natura* de la prestación. Las *astreintes* tienden, por el contrario, a conseguir dicho cumplimiento.

Las conminaciones no tienen como fin la reparación del perjuicio por el retardo en el cumplimiento, sino forzar al requerido a satisfacer su obligación; en ello, se diferencian del resarcimiento, que cumple el propósito de indemnizar por la obligación que no se efectúa de acuerdo con el específico interés del acreedor y cuyo monto se fija teniendo en cuenta el alcance del daño sufrido.

Igualmente cabe distinguir las *astreintes* de otras figuras afines, con las que, no obstante presentar ciertas analogías, guarda profundas diferencias; entre ellas: las medidas cautelares, la pena privada, la pena administrativa o corrección disciplinaria, la obligación con cláusula penal y las multas coercitivas.

Las *astreintes* han sido empleadas fundamentalmente respecto a los deberes de hacer y de no hacer y, respecto a las de dar, existe polémica en cuanto las diferencian según se trate de obligaciones de dar cosa específica y obligaciones de dar cosa genérica.

Bajo la denominación de *conminaciones económicas* o *personales* y *astreintes*, la institución en estudio alcanza proyección en el Código procesal civil modelo para Iberoamérica, que prevé la posibilidad de imponer aquellas, de oficio o a pedido de parte, para incentivar el cumplimiento voluntario de la decisión jurisdiccional —Artículo 320 (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988, p. 128).

Otro ejemplo tangible de la astricción, como eficaz solución al incumplimiento de obligaciones, se tiene en la proyección del Reglamento (UE) No. 788/2014, de 18 de julio de 2014 [DO-UE (214), 2014, pp. 1-13], por el que se establecen normas detalladas para la imposición de multas y sanciones conminatorias periódicas en el ámbito de la inspección y el reconocimiento de buques, de conformidad con los artículos 6 y 7 del Reglamento (CE) No. 391/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo [DO-UE (L 131), 2009, 11-23]. De resultar necesario, a la luz de las circunstancias del caso, contempla la posibilidad de aumentar gradualmente el importe diario de las sanciones conminatorias periódicas para reflejar la urgencia de las medidas requeridas.

Para el cálculo de las multas y sanciones conminatorias periódicas se tomará una fracción del volumen de negocios de la organización, teniendo en cuenta el límite máximo establecido de conformidad con el Reglamento (CE) No. 391/2009 [DO-UE (L 131), 2009, 11-23], en lo que describe como un método simple para que las multas y sanciones conminatorias periódicas sean disuasorias y al mismo tiempo sigan siendo proporcionales tanto a la gravedad del caso como a la capacidad económica de la organización afectada, dadas las diferencias de tamaño de las organizaciones reconocidas.

En el ámbito jurídico, esta figura, esencialmente en las materias de Derecho civil y administrativo, ha cumplido el rol de servir de condena en dinero de carácter no punitorio, sino más bien intimidatorio, que fija el tribunal por un período de tardanza determinado, contra el moroso por no cumplir la prestación determinada y que cesa de cumplir con lo ordenado.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

4.2. En el Código de procesos

Dado lo novedoso de la implementación de las conminaciones económicas, el Artículo 470.4 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4041] encargó al CG-TSP la tarea de fijar las reglas necesarias para su imposición y tramitación. En cumplimiento de ese mandato, el órgano gubernativo aprobó la Instrucción No. 267, de 28 de junio de 2022 [GOR-O (82), pp. 2188-2191], la que resulta coherente con la necesidad de establecer un tratamiento uniforme en el territorio nacional.

Esta disposición ofrece pautas para satisfacer todas las garantías de los intervinientes, y a la vez instrumenta la ejecución de las referidas sanciones pecuniarias, que tributan al cumplimiento de sentencias firmes, sin perjuicio de la aplicabilidad de lo regulado a las que se empleen durante la tramitación del proceso.

Conforme a lo previsto en el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 4041-4042], las conminaciones económicas se imponen mediante resolución fundada cuando, realizados los actos previstos en la ley para lograr el cumplimiento de la decisión judicial, se constate la negativa o resistencia del obligado.

Este aspecto, concerniente a la observancia de las garantías del debido proceso por los órganos de justicia, resulta de importancia capital y lo enfatiza la nueva instrucción al establecer en los instruyos primero, sexto y décimo el dictado de auto, lo que implica que la decisión judicial sea debidamente argumentada, y será posible resolver cualquier inconformidad, al franquear la interposición de recurso de súplica, que se solucionará de igual modo, en coherencia con los artículos 92 y 94 de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87] y el 15 b), de la LTJ [GOR-O (137), 2021, p. 3933].

Adentrándose en el tema, a modo de conceptualización, la Instrucción No. 267 [GOR-O (82), 2022, pp. 2188-2191] identifica las conminaciones económicas, como medidas de orden compulsivo que los tribunales pueden imponer, sea de oficio o a instancia de parte, no solo ante el supuesto de incumplimiento de la sentencia firme, sino también en cualquier etapa del proceso, ante el reto que supone la negativa o la resistencia del obligado a acatar el mandato judicial contenido en una resolución judicial, previo apercibimiento de las consecuencias que puede acarrear su inobservancia.

La imposición de las conminaciones económicas presupone que el obligado consciente y deliberadamente se sustrae de satisfacer su condena,

lo que se conoce como negativa o resistencia injustificada de cumplir el deber jurídico impuesto en una resolución judicial. De manera que, con la incitación psicológica de evitar la afectación patrimonial que generaría persistir en el incumplimiento de la obligación determinada por resolución judicial, los jueces cuentan con un eficaz medio indirecto para hacer efectivas sus decisiones.

Cuando se trata de la ejecución de la resolución judicial firme, la instrucción que se analiza enuncia supuestos específicos de condena en que procede la aplicación de las conminaciones económicas, referidos a:

- Obligación de entregar un bien cuya ubicación no conste en las actuaciones, si el condenado no ofrece información al respecto y el ejecutante no tiene conocimiento del lugar donde se encuentre para realizar la desposesión forzosa.

- Cumplimiento de una obligación de hacer, una vez requerido el ejecutado, si este incumple, en el plazo concedido, por causas que le son imputables.

- Acatamiento de una obligación de no hacer o de tolerar la realización de un acto si, requerido el condenado, este persiste en su conducta sin causa justificada.

En cambio, no es posible la imposición de conminaciones económicas cuando la condena que se ejecuta consiste en el pago de una cantidad de dinero; a diferencia de la LECrim que contempla intereses por la llamada mora procesal, debe el tribunal cumplir lo regulado en los artículos del 457 al 461 del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 4039-4040] y, según el caso, inicia la vía de apremio, conforme autorizan los artículos del 476 al 484 del propio texto legal.

Las conminaciones económicas que se imponen durante la ejecución, una vez cumplidos los trámites previstos para cada tipo de obligación, no enervan el accionar del tribunal que continuará realizando las acciones pertinentes con el fin de lograr el cumplimiento específico de lo dispuesto, incluido el uso de la fuerza pública, el resarcimiento por los daños y perjuicios cuando proceda y la formulación de denuncia por el posible delito que se cometa por el obligado.

En otro orden de ideas, la progresividad, la proporcionalidad y la provisionalidad que, en la doctrina de mayor aceptación, caracterizan a las conminaciones económicas, se encuentran implícitas en la redacción del Artículo 470 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4041], el cual precisa,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

en su apartado uno, que estas se fijan por el tribunal en una cantidad en dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento, teniendo en cuenta el monto o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado; a ese efecto la Instrucción No. 267 [GOR-O (82), pp. 2188-2191] dispone que se requiera del ejecutante la información que conozca acerca de los ingresos que posea el que deba pagar la conminación; mientras, el apartado dos faculta al tribunal para, en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, aumentarla, modificarla o suprimirla.

Entre los aspectos relevantes que indica la mentada disposición del CG-TSP, se encuentra la forma en que los tribunales determinarán la cuantía de las conminaciones económicas, que será fijada en un monto entre cien y mil pesos cubanos, susceptible de incremento del 10% de la cifra establecida, a partir de su firmeza, e irá aumentando el monto porcentual, determinado por cada día natural, mientras demore la ejecución, en correspondencia con lo previsto en el Artículo 470.1 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4041].

De mantenerse el incumplimiento, el tribunal, una vez decursados 30 días naturales de la firmeza de la resolución que la impuso, dispone su liquidación y apercibe al obligado que debe hacer efectivo el pago en la Oficina de Cobro de Multas del municipio donde se ubica el órgano judicial y que, de no realizarlo, pudiera esta denunciarlo ante la unidad de la PNR que corresponda, por el posible delito de incumplimiento de las obligaciones derivadas de las contravenciones.

Aunque es evidente el alcance de las previones de la citada instrucción, no solo en cuanto logra vencer la resistencia del condenado contumaz mediante el compromiso de su patrimonio, sino tambien al ofrecer a los jueces mecanismos de cálculos simples para determinar el *quantum* de la medida de compulsión, se advierte que no define de manera concreta el modo de proceder de los tribunales, la PNR y las oficinas de Control y Cobro de Multas para hacer efectivo el cobro a los implicados y la exigencia de la consecuente responsabilidad penal en su caso.

La aprobación de la Instrucción No. 272, de 30 de noviembre de 2022 [GOR-E (77), 1201-1206], inequívocamente viene a resolver la carencia antes señalada, que también fue identificada en la jurisdicción penal para la ejecución de las sanciones firmes de multas impuestas por los tribunales en esa materia, haciendo necesario su dictado para unifor-

mar la tramitación de las denuncias relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones.

A todas luces, se trata de un instrumento que trasciende a la efectiva materialización de los pronunciamientos judiciales contentivos de las referidas penas pecuniarias, debido a que autoriza la aplicación del tratamiento previsto para las contravenciones, en cuanto señala que,

> por el incumplimiento de lo ordenado en resolución judicial de las materias civil, familiar, del trabajo y la seguridad social, mercantil o de lo administrativo, el tribunal, una vez firme la resolución, liquida su importe, procede a requerir al obligado, mediante el modelo «OC-1 Imposición de Multas», y lo apercibe para que, en el plazo de diez días, abone el importe de la conminación económica, en la Oficina de Control y Cobro de Multas.

A pesar de las fórmulas generales que ofrece el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] para la tramitación de los procesos en las materias civil, familiar, mercantil, administrativa, de trabajo y seguridad social, que incluyen las relativas a la ejecución de sus disposiciones, se aprecia cómo se confiere identidad, de acuerdo con la naturaleza y características de las jurisdicciones mencionadas, cuando se regulan de manera diferenciada supuestos casuísticos propios de estas.

A modo de ejemplo, se pueden citar elementos relativos a la reponsabilidad de carácter general presentes en la Instrucción No. 267 [GOR-O (82), pp. 2188-2191], cuando se determina que, en los procesos judiciales en los que una persona jurídica es la obligada a cumplir la resolución, las conminaciones económicas se imponen a quien la represente legalmente y la paga con su patrimonio personal.

Por su parte, en los asuntos de trabajo y seguridad social, la conminación económica se aplica, además, cuando el órgano o la autoridad de resolución previa no entrega los antecedentes del caso en el plazo dispuesto; la conminación se impone al presidente del órgano de justicia laboral, la comisión o la autoridad requerida, los que la abonan con sus ingresos personales.

A pesar de las distintas denominaciones que ofrecen el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] y la LPA [GOR-O (139), 2021, pp. 4071-4093], al referirse el primero a conminación económica, y la segunda a multa, realmente se trata de la misma cuestión jurídica, incluidas ambas entre las facultades de los tribunales; si bien conservan un elemento di-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

ferenciador relacionado con el marco de la pena a imponer y, en el caso de los procesos administrativos, porque se fijan por cuotas.

En este orden, el Artículo 22 y la disposición especial única de la LPA [GOR-O (139), 2021, pp. 4071-4093] prevén que la multa a imponer es de 100 a 500 cuotas, determinadas en un rango de 10 a 100 pesos, la que se incrementa cada mes hasta la ejecución completa de la resolución, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial en la que el obligado pueda incurrir.

Por su parte, el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] facultó al CGTSP para adoptar las disposiciones necesarias a fin de hacer efectivas sus previsiones, incluidas las reglas para la determinación de la cuantía de las conminaciones, lo que se materializó con la comentada Instrucción 267 [GOR-O (82), pp. 2188-2191].

Una nota diferenciadora respecto a las previsiones de otros ordenamientos, como resultan el Código general del proceso de Uruguay, el Código procesal de la provincia de Buenos Aires, e incluso la proyección del Código procesal modelo para Iberoamérica, respecto al destino de lo abonado como sanción pecuniaria, es que el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] prevé que este importe se ingrese al presupuesto del Estado y no pasa a manos del acreedor ni de fondo judicial alguno.

V. CONCLUSIONES

Es posible afirmar que las posturas de evasión al cumplimiento de las condenas pronunciadas por los tribunales en las materias no penales aparecen con cierta frecuencia y es en ese momento que los jueces deben asumir una conducta proactiva para vencer la negativa o la resistencia del obligado, agotando los medios que la ley provee con tal fin, de manera que irradie en el ámbito social que la tutela jurisdiccional que ofrece el Estado no se limita a la fase de conocimiento, sino también a la de ejecución.

Ante la nueva realidad, y contando ya con herramientas legales adecuadas, resulta trascendente un acertado trabajo de los jueces, caracterizado por la racionalidad y proactividad, de manera que, mediante la función jurisdiccional, se asegure la realización del orden jurídico no solo por medio de la aplicación del derecho objetivo, sino también brindando una efectiva ejecución de lo resuelto en firme, con plena obediencia

de los deberes del debido proceso, que coadyuve a la credibilidad del Estado y sus instituciones.

VI. REFERENCIAS

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 186. (Diciembre 6, 2007). GOR-O (79), 1309-1310.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 201 (Noviembre 22, 2010). GOR-O (54), 1789-1794.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 267. (Agosto 9, 2022). GOR-O (82), 2188-2191.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 272. (Noviembre 30, 2022). GOR-E (77), 1201-1206.

Código procesal civil modelo para Iberoamérica. En Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. (1988). *El Código procesal civil modelo para Iberoamerica. Historia, antecedentes, exposición de motivos*. https://www.politicaeprocesso.ufpr.br

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Ley No. 7, De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico. (2015). En Mantecón Ramos, A. (Rev.). *Ley No. 7, Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (Edición revisada y actualizada)*. Ediciones ONBC.

Ley No. 65, Ley general de la vivienda. (Febrero 8, 1989). GOR-E (3), 1-37.

Ley No. 140, De los tribunales de justicia. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (137), 3929-3975.

Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.

Ley No. 142, Del proceso administrativo. (Diciembre 7, 2021) GOR-O (139), 4071-4093.

Ley No. 152, De ejecución penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (94), 2697-2738.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Mendoza, J. (1998). *La ejecución forzosa en Cuba*. *El Huissier de Justice*. Material del Colegio Nacional des Huissieres de Justice.

Parejo, L. (1995). *La ejecución de las sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el Derecho español*. Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan R. Brewer Carías». Funeda.

Reglamento (CE) No. 391/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo. En DO-UE. (Mayo 28, 2009). (L 131), 11-23.

Reglamento (UE) No. 788/2014. (Julio 19, 2014). En DO-UE, (214), 1-13.

Remigio, R. (2012). Informe de rendición de cuenta del Tribunal Supremo Popular a la ANPP. *Justicia y Derecho*, (18), 3-9. Tribunal Supremo Popular.

Remigio, R. (2022). Informe de rendición de cuenta presentado por el presidente del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba a la ANPP, en su IX legislatura. https://www.parlamentocubano.gob.cu/noticias/disponibles-para-la-poblacion-informes-de-rendicion-de-cuenta-del-tribunal-supremo-popular

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Septiembre 5, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

LA SUBASTA JUDICIAL EN CUBA

THE JUDICIAL AUCTIONS IN CUBA

Esp. Liliana Hernández Díaz
Presidenta, Sala de lo Mercantil, Tribunal Supremo Popular, Cuba
Código ORCID: 0000-0002-6478-783X
liliana@tsp.gob.cu

Resumen

En el presente trabajo se sistematizan y explican los pasos diseñados para la celebración de la subasta judicial, como parte del procedimiento de la vía de apremio, a fin de dar cumplimento a las condenas dinerarias por los tribunales de justicia. Se hace una breve referencia a su origen y se compara con algunas legislaciones de otros países; para ello, se abordan los principales aspectos recogidos en la nueva norma procesal vigente en Cuba desde 2022, la Ley No. 141, Código de procesos, y la Instrucción No. 269, aprobada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, el 29 de julio de 2022, que contiene las reglas que guían la realización de la subasta judicial en el trámite de ejecución de los fallos judiciales.

Palabras clave: Subasta; remate; condenas dinerarias; ejecución; vía de apremio.

Abstract

This paper systematizes and explains the steps designed for the holding of judicial auctions, as part of the enforcement procedure, in order to enforce monetary judgments by the courts of justice. A brief reference is made to its origin and a comparison is drawn with some legislations from other countries. To achieve this, the main aspects covered in the new procedural norm currently in force in Cuba since 2022, Law No. 141, Code of Procedures, and the Instruction No. 269, approved by the Council of Government of the Supreme People's

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Court on July 29, 2022, are addressed. This instruction contains the rules that guide the realization of judicial auctions in the process of executing judicial rulings.

Keywords: *Auction; sale; monetary judgments; execution; enforcement procedure.*

Sumario

I. Introducción; II. Breve referencia al origen y los tipos de subasta; III. La vigente regulación de la subasta judicial en Cuba; IV. La subasta judicial electrónica; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Lograr que el derecho reconocido por una sentencia se torne efectivo es el objetivo principal del proceso, su concreción debe realizarse de forma correcta y en el tiempo previsto; por ello, la ejecución de los pronunciamientos judiciales integra las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva, en los términos previstos en los artículos 92 y 94 de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87].

Existen dos clases de cumplimiento de los fallos judiciales: el voluntario, cuando el obligado de manera espontánea efectúa la condena de pagar, dar, hacer o no hacer alguna cosa, sin la intervención del órgano jurisdiccional, que es el modo natural de su materialización; y el forzoso, que procede cuando el obligado no cumple la condena y el acreedor tiene que acudir al tribunal para que este actúe coactivamente.

El Artículo 151 de la citada CRC define que

> las sentencias y demás resoluciones firmes de los tribunales, dictadas dentro de los límites de su competencia, son de obligatorio cumplimiento por los órganos del Estado, las entidades y los ciudadanos, tanto por los directamente afectados por ellas como por los que, sin interés directo en su ejecución, tengan que intervenir en esta. (p. 101)

En Cuba, la subasta judicial ha existido siempre, como parte de la ejecución de las resoluciones firmes, igual que en la mayoría de los países, pues constituye el modo ordinario para el cierre de la llamada vía o procedimiento de apremio, trámite procesal que se realiza cuando el

deudor no posee dinero para pagar la deuda y el tribunal dispone la venta forzosa de los bienes de su propiedad, para que se cumpla la condena con el monto que se obtenga.

La derogada LPCALE [Mantecón, 2015, pp. 121-124] regulaba la venta pública forzosa de los bienes del deudor, como parte de la vía de apremio en el proceso de ejecución de sentencias de condenas dinerarias; así se recogía en sus artículos del 505 al 515, similar al antiguo procedimiento existente en la LEC, que rigió en la isla desde 1886 hasta 1974 [Betancourt, 1913, pp. 240-245].

Dicha ley procesal era dubitativa al nombrar este acto de realización pública de los bienes. En el Artículo 502 se refería a *subasta*; no obstante, en los artículos 505 y 506 no mencionaba tal término, sino el de *comparecencia*. La venta pública podía tener dos comparecencias: una, para que asistieran los postores propuestos por el acreedor y los interesados; y la otra, para buscar mejores ofertas, a las que se incorporaban los posibles compradores sugeridos por el deudor. El legislador quiso despojar el trámite de venta forzosa del carácter mercantil que le es consustancial y, para ello, trató de acomodar el antiguo procedimiento de sucesivas subastas en busca de la mejor postura, existente en la LEC, pero al hacerlo resultó incoherente en su regulación (Mendoza, 2016, p. 346).

Durante años, los tribunales cubanos realizaron subastas judiciales, tanto en la materia civil como en la económica, ahora denominada mercantil. De esta forma, fueron vendidos vehículos, obras de arte, buques, bienes domésticos, entre otros, pero la publicidad era limitada, por la no existencia de las plataformas digitales de comunicación que ahora ofrecen esa amplia posibilidad y, por ello, solo se enteraba un número reducido de compradores, a pesar de que la legislación preveía que la convocatoria a la subasta podía fijarse en cualquier otro lugar, fuera del tribunal, para su conocimiento general. Antes de 1959, constituía una práctica publicarla en la GOR.

Con la reciente reforma procesal se introducen modificaciones en la regulación de la subasta. El presente trabajo ofrece una visión estructurada de tales previsiones, con el propósito de coadyuvar a su comprensión y aplicación. Aunque sin la pretensión de constituir un referente doctrinal en la temática, se analizan brevemente los antecedentes de la institución y sus perspectivas en la práctica judicial cubana.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

II. BREVE REFERENCIA AL ORIGEN Y LOS TIPOS DE SUBASTAS

La palabra subasta proviene del latín sub (bajo) y asta (lanza) —es decir: bajo la lanza—, debido a que el reparto de las tierras conquistadas entre los soldados participantes en las guerras se señalaba hincando una lanza en la parcela ocupada en suerte. Asimismo, la venta del botín se anunciaba con una lanza. Los ejemplos históricos más famosos se recuerdan durante el imperio babilónico: la subasta que se realizaba, además de vender mercaderías, incluía la enajenación de jóvenes núbiles al mejor postor, en calidad de esposas. Esta venta se llevaba a cabo anualmente y estaba considerado ilegal vender una hija fuera del sistema de «subasta de esposas».

Durante el imperio romano, se subastaba a los esclavos, quienes eran capturados en las campañas militares para luego venderlos en el foro. Posiblemente, la más antigua casa de subastas del mundo sea la Estocolmo Auktionsverk, establecida en 1674 en Suecia. A fines del siglo xviii, poco después de la Revolución Francesa, llegaron a celebrarse en las tabernas donde se vendían artículos de arte.

El «asta» pasó a ser un símbolo destacado en el antiguo imperio romano, ya que implicaba que el acto de la venta estaba bajo la protección de la fuerza pública, a tal punto que, cuando se trataba del remate de esclavos, aquella se identificaba «bajo corona». Los usos y costumbres, con el tiempo, trajeron a la actualidad el mecanismo de emplear el *asta/lanza* para sujetar una bandera de color rojo con el nombre del martillero que ejerce el remate, así como la destreza de expender a voz alzada, ante un público interesado en adquirir (Ibáñez, 2019, s.p.).

En la península ibérica, los antecedentes se ubican en épocas posteriores a la invasión musulmana, cuando surge la palabra *almoneda*, la cual identifica la actividad de la subasta. Era la acción decidida de venta de todos los bienes provenientes del botín de guerra (al individuo que oficiaba la ceremonia de venta, a viva voz, se le llamaba *almonedero*). En América, se relata la historia de que, al tocar las costas, la expedición de Sebastián Gaboto, en una de sus carabelas (la «Santa María del Espinar»), uno de sus tripulantes enfermó de gravedad y, a los pocos días, falleció. Entre sus pertenencias, dejó cosas de considerable valor, cuya venta se dispuso en subasta. Ya establecidos en «Sancti Spiritus», para cumplir la función de rematador, se designó a un joven catalán

de 27 años, que integraba la expedición, que fue el alguacil, cargo que la Corona española le había otorgado. Tal hecho constituyó una de las primeras subastas en «suelo de las Indias» (Ibáñez, 2019, s.p.).

Como se puede apreciar, la venta pública, a viva voz y al mejor postor, es tan antigua como la civilización misma, con orígenes afortunados, o no, pero de alguna forma con ella se podía dar cumplimiento a determinadas normas o decisiones.

En la doctrina (Luque, 2016; Serna, 2016; Asensi, 2012), se hace referencia a diferentes tipos de subastas, cada una tiene sus características y propósitos específicos, pero su clasificación puede variar en función de diferentes criterios de agrupación, del país y de las leyes locales, siempre con marcadas diferencias entre la subasta judicial y las comunes. Los tipos de subastas a los que se hace referencia con mayor frecuencia son:

• Judicial: La que se lleva a cabo bajo la supervisión de un tribunal o autoridad judicial. Se utiliza principalmente para la venta de bienes embargados o confiscados en procesos judiciales, como las ejecuciones hipotecarias o liquidaciones de activos. Tiene como objetivo garantizar el cumplimiento de los fallos judiciales.

• Pública o administrativa: Abierta al público en general. Puede ser organizada por una entidad gubernamental, una empresa privada o una organización sin fines de lucro. Los bienes o servicios se ponen a la venta y los participantes realizan ofertas públicamente. El objetivo de la subasta pública puede variar, desde la venta de bienes inmuebles o vehículos confiscados por el Gobierno hasta la recaudación de fondos para una organización benéfica.

• En línea o electrónica: La que se realiza a través de plataformas en línea. Los participantes pueden realizar ofertas y pujas electrónicas desde cualquier ubicación con acceso a internet. Las subastas en línea pueden ser de diversos tipos: De bienes raíces, arte, bienes de consumo, entre otros. Este formato ofrece comodidad y alcance global, ya que permite a los participantes pujar y comprar desde cualquier lugar.

• De arte: Especializada en la venta de obras de arte, antigüedades y objetos coleccionables. Suelen ser organizadas por casas de subastas especializadas y atraen a coleccionistas, inversores y amantes del arte. Pueden efectuarse en salas de subastas físicas o en línea.

En España, existen dos clases de subastas: Las judiciales y las voluntarias; recientemente se incorporó la electrónica, como un nuevo tipo de

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

ellas. En la LEC vigente [BOE (7), 2000, pp. 237-250] se regulan los tipos de «subastas judiciales», una en el ámbito del procedimiento de ejecución ordinario, en los procedimientos derivados de títulos judiciales y extrajudiciales, emanados de autoridades nacionales o extranjeras, y la subasta en el ámbito del procedimiento de ejecución hipotecaria y pignoraticia. En la Ley de jurisdicción voluntaria No. 15, de 2015 [BOE (158), 2015, pp. 52-53] se establecieron las «subastas voluntarias». Se trata de expedientes que se circunscriben a aquellos supuestos en los que, a instancia del propio interesado, debe procederse, fuera de un procedimiento de apremio, a la enajenación de bienes o derechos determinados.

También en la Ley del notariado [GM (149), 1862, pp. 28-32], de 28 de mayo, se regula la subasta notarial, atribuida a los notarios, en cumplimiento de una disposición legal, resolución judicial o administrativa, cláusula contractual o testamentaria, o en ejecución de un laudo arbitral o acuerdo de mediación, o por pacto especial en instrumento público, o cuando se trate de subasta voluntaria. La Ley No. 19, de 13 de julio de 2015, medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil [BOE (167), p. 21] introduce el sistema de «subastas electrónicas», con el que se persigue garantizar mayor seguridad, transparencia y celeridad en el procedimiento (Martín, 2021, p. 17).

III. LA VIGENTE REGULACIÓN DE LA SUBASTA JUDICIAL EN CUBA

En la actualidad, dicho trámite se encuentra previsto en los artículos del 454 al 489 de la Ley No. 141, CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 4038-4045], con el detalle de que esta disposición, en su Artículo 482, facultó expresamente al CG-TSP, para dictar las reglas que guíen la realización de la subasta y, por tal razón, se aprobó la Instrucción No. 269 [GOR-O (82), 2022, pp. 2193-2197], por la que se adecuó el procedimiento correspondiente.

La novedad de las disposiciones contenidas en dicha instrucción radica en que estas se encaminan a delinear, con mayor precisión que las leyes procesales anteriores, los pasos esenciales a cumplir por los jueces para desarrollar este acto procesal tan complejo, de manera uniforme, como son: Amplia publicidad, posibilidad de hacer intervenir a un

especialista (rematador o martillero) para que realice la subasta, depósito de los bienes para su exhibición, venta pública, determinación del límite inferior de las ofertas (apuestas, pujas o posturas), requisitos de los licitadores (compradores, apostadores, oferentes, postores o licitadores), monto y pago de fianza, forma de pago del remate (precio de la venta), entre otros aspectos, lo que es de aplicación para todas las materias jurisdiccionales que regula el CPR.

— *Bienes que pueden subastarse*. Esta posibilidad existe para todo lo que tenga un valor económico: Inmuebles, vehículos, muebles (joyas, cuadros, maquinaria, etc.) y cualquier otra clase de bienes o derechos, siempre que no sean aquellos considerados inembargables. En cada subasta puede venderse un bien del deudor o varios.

En el sistema económico cubano, los bienes integrantes de la propiedad socialista son inembargables, de acuerdo con lo regulado en los artículos 23 y 24 de la CRC, también aquellos con los que cuentan las instituciones presupuestadas y las entidades empresariales estatales, sobre los cuales ejercen los derechos que les corresponden, de conformidad con lo previsto en la ley. Asimismo, en el Artículo 44 del CC [GOR-E (9), 1987, p. 41] se prevé que las personas jurídicas responden de sus obligaciones con los bienes que integran su patrimonio, y las empresas estatales, solo con sus recursos financieros.

Por su parte, el Artículo 249 del citado CPR (p. 4013) establece que:

> Pueden ser objeto de embargo o de cualquier otra medida asegurativa toda clase de bienes y derechos, con excepción de los que se expresan a continuación:
>
> a) Los bienes que sean propiedad socialista y otros de igual naturaleza, administrados por entidades estatales, salvo los recursos financieros de estas y los que así se regulen en la legislación especial;
>
> b) el inmueble que constituya la vivienda permanente del deudor;
>
> c) los bienes de propiedad personal del deudor, de uso imprescindible para la vida doméstica;
>
> d) las pensiones alimenticias;
>
> e) las tierras del pequeño agricultor;

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

f) los salarios y las prestaciones de la seguridad social, con las excepciones previstas.

— *Encargados de realizar ese acto*. La subasta judicial la realiza directamente un juez o puede designarse a un rematador o especialista en esta actividad para que la efectúe. En la legislación anterior, solo podía realizarse por jueces profesionales y legos que conformaban el tribunal a cargo de la tramitación del proceso.

No es uniforme en todos los países ni siempre la realizan los jueces: la asume un notario (España, Argentina), un martillero público (Bolivia, Argentina, Chile), un alguacil (Uruguay) u otra figura. En fin, son diversas las denominaciones, los expertos que intervienen y la forma en que actúan.

La LEC, vigente en España, establece que el tribunal podrá disponer que la subasta se realice por una persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden los bienes que fueron embargados y en quien concurran los requisitos legalmente exigidos para operar en las actividades comerciales de que se trate; también podrá decidir que lo haga una entidad especializada, pública o privada.

— *Definición del lugar de celebración*. La subasta judicial puede realizarse en la sede del tribunal o en otro lugar que se habilite al efecto; a ese fin, se ordenará a quien tenga los bienes en su poder o custodia que los presente para tenerlos a la vista. Cuando los bienes no puedan trasladarse, por su naturaleza u otra situación razonable, el tribunal decide si la subasta se efectúa en el lugar en que se encuentren —de contar con las condiciones requeridas para la celebración del acto—, o si se desarrolla sin estos.

— *Base u oferta mínima para iniciar las apuestas*. La finalidad de la subasta judicial es incrementar al máximo el valor del bien del deudor, para que, con su venta forzosa, se pueda cubrir el monto de la deuda, pagar al acreedor y que este quede satisfecho por recibir la totalidad de su dinero.

La tasación de los bienes embargados se realiza por peritos designados por el tribunal; para ello, generalmente, son seleccionados los especialistas que laboran en las entidades estatales dedicadas al avalúo e inspección de mercancías, que toman como referencia los valores oficiales para realizar su dictamen, el que puede ser impugnado por las partes. El tribunal decide sobre la aprobación de la tasación presenta-

da, conforme a lo regulado en los artículos 476 y 480 del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 4043-4044]. Las ofertas iniciales se hacen por un valor igual o superior al de la tasación de los bienes subastados; en la legislación precedente, debían cubrir las cuatro quintas partes del importe de aquella (Artículo 505, LPCALE).

Es diversa la regulación de este requisito en las leyes procesales de otros países: En Alemania, se establece la mitad del valor habitual de venta de lo subastado; en Costa Rica, es una suma pactada por las partes; en Colombia, la propuesta debe superar el 70 por ciento del avalúo de los bienes, se presenta en sobre cerrado y es irrevocable; y, en Francia, no existe límite mínimo para comenzar la rueda de las apuestas (Martín, 2021; Luque, 2016; Serna, 2016; Asensi, 2012).

La LEC prevé que, a falta de acuerdo de las partes, los bienes muebles no podrán ser enajenados por precio inferior al 50 por ciento del avalúo y, en el caso de los bienes inmuebles, nunca por debajo del 70 por ciento del valor dado a estos.

— *Participantes como posibles compradores*. Pueden acudir las personas naturales y jurídicas interesadas en la adquisición de los bienes —con el mismo derecho a hacer propuestas, de acuerdo con el principio de la libre concurrencia—, bajo las condiciones que anuncie el tribunal, en relación con lo regulado legalmente respecto a la transmisión de aquellos. Los trabajadores de los tribunales de justicia no pueden adquirir bienes ni participar como compradores en la subasta judicial. El fiscal y los abogados, tampoco pueden hacerlo respecto a los asuntos en los que intervienen, de conformidad con lo regulado en el Artículo 338 del CC.

— *Requisitos de los compradores*. Para participar, los posibles compradores deben cumplir los requisitos siguientes:

• Identificarse con sus generales y datos de localización suficiente. Las personas naturales refieren su estado civil y el número del carné de identidad; y las jurídicas aportan los documentos de representación.

• Ser mayor de edad y residente permanente en el país.

• Cumplir los requisitos legales para la adquisición de la propiedad de bienes sujetos a regulaciones especiales.

• Aceptar la titulación existente sobre los bienes, sus cargas o gravámenes, si los hubiese.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

• Declarar que conocen las condiciones generales y particulares de la subasta, establecidas en el CPR, la instrucción y el edicto correspondiente.

• Acreditar el depósito, en pesos cubanos, de la fianza que disponga el tribunal.

— *Medios para la publicidad de la convocatoria.* En todos los casos, se garantizará la adecuada publicidad de la subasta, a fin de asegurar la transparencia en la actuación judicial, para lo cual se utilizarán los sitios digitales institucionales y demás vías de comunicación masiva que resulten pertinentes, de acuerdo con la naturaleza y entidad de los bienes que se venderán.

El tribunal dispone la convocatoria con el objetivo de que se presenten los compradores interesados, y señala el medio que se utilizará para la publicidad, describe los bienes y el valor de cada uno, además de consignar las condiciones generales y específicas para el desarrollo de aquella. La publicidad se concede por un plazo de 20 días, mediante edicto que se fija en la Tablilla de avisos del tribunal y se da a conocer por los medios de comunicación local o nacional y las vías digitales que se consideren prudentes.

— *Presentación y aprobación de las solicitudes para participar.* Los compradores interesados en participar en la subasta presentan sus solicitudes en el plazo de la convocatoria, mediante escrito, en el que consignan sus datos y acreditan el cumplimiento de los requisitos previstos en la instrucción. Estas solicitudes se van uniendo consecutivamente al expediente judicial, a fin de que las partes del proceso queden enteradas. Aquellos pueden mostrar interés por determinados bienes o todos, y examinarlos en el lugar en que se encuentran, a cuyo efecto el tribunal cursa comunicación a quien los tenga en su poder o custodia.

Vencido el plazo de publicidad de la convocatoria, el tribunal aprueba a los compradores que intervendrán en la subasta y argumenta los motivos por los cuales decidió excluir a los restantes interesados; confecciona una lista con los nombres de quienes fueron aceptados y la publica en la Tablilla de avisos del tribunal por el plazo de cinco días, con copia de la resolución judicial. Además, se lo comunica directamente a cada uno, a fin de que consignen la fianza.

— *Fianza o consignación previa de dinero*. La fianza opera como un depósito inicial, de resguardo o garantía de participación y pago del

precio del remate; en la mayoría de los países, se exige la prestación de fianza como requisito para intervenir como comprador en las subastas judiciales (Luque, 2016; Serna, 2016; Asensi, 2012). En Cuba, los posibles compradores consignan aquella en el plazo de cinco días, a partir de que se les comunique que fueron aprobados para intervenir; sin el cumplimiento de dicho requisito no pueden participar en la subasta.

El importe de la fianza es el 30 por ciento de la tasación de los bienes por los que se interesa el posible comprador y su satisfacción se acredita de inmediato al tribunal con el comprobante del depósito en una cuenta bancaria establecida al efecto. En caso de que el comprador no asista injustificadamente a la celebración, se le incauta aquella y el monto ingresa al presupuesto del Estado.

Con este requisito se pretende evitar la participación de postores insolventes que actúan, por lo general, en beneficio del ejecutado, sin ninguna responsabilidad, con la única pretensión de «quebrar» la subasta, sin consignar la diferencia y obligando a la celebración de subastas sucesivas; a su vez, se procura impedir o poner trabas a la concurrencia de licitadores profesionales que se adjudican los bienes para luego cederlos a un tercero (Moreno, 1995, p. 392).

— *Devolución de la fianza al que no gane la apuesta*. Los solicitantes pueden desistir de participar en la subasta antes de su realización, lo que informan al tribunal, mediante escrito; en este supuesto, se les devuelve la fianza. A quienes no resulten compradores, no asistan de forma justificada o desistan a tiempo, la devolución se les realiza una vez que el comprador pague el precio del remate; asimismo, se incauta la de quienes se ausentaron sin justificación, cuyo monto ingresa al presupuesto del Estado.

— *Fijación de la fecha de celebración*. Una vez consignadas las fianzas por los interesados, el tribunal dispone la fecha, la hora y el lugar de realización de la subasta, indica la modalidad de esta y cita, con no menos de cinco días de antelación, a los compradores aprobados, con el apercibimiento de que, de no comparecer, aquella se efectúa con los asistentes al acto. Además, se cita a las partes, sus representantes y a las personas naturales y jurídicas que el tribunal considere.

— *Actuación de los jueces*. Constituido en audiencia pública en el lugar indicado, el juez da inicio al acto, con la lectura de los avisos publicados y los bienes que se venden, presenta a los compradores con

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

derecho a intervenir en él, anuncia los que no asistieron y las causas, si se conocen; se escuchan las ofertas iniciales de cada comprador presente, como regla, en el orden de concurrencia y se le concede la palabra a cada uno, en rondas sucesivas, para mejorar las propuestas; el juez pronuncia el remate y la adjudicación al mejor postor, previo requerimiento público de mejorar la última oferta, y cierra la venta; se concluye la subasta y se les informa a los presentes el (los) nombre(s) del (los) comprador(es) y el bien adjudicado a cada uno.

El secretario judicial actuante redacta el acta de la realización de la subasta, en la que expresa todo lo acontecido y el monto de las dos últimas posturas, con el nombre de los apostadores, sus datos personales, domicilio, teléfono y cualquier otro que viabilice su localización; si es una persona natural, se indica el estado civil y el número del carné de identidad; además, se consigna la relación de los otros postores, por el orden de los montos de las ofertas definitivas que realizaron al cierre de la subasta y sus datos personales. Seguidamente, se impone al comprador (o a los) compradores la obligación de pagar el remate.

El acta la firman el juez, las partes y sus representantes (si concurrieron), el comprador, el segundo mejor postor y el secretario judicial actuante. El juez puede decidir que los demás oferentes u otros participantes en la subasta la rubriquen, como constancia de su presencia.

— *Actuación del rematador*. Para la designación del rematador, se preferirá a los que tengan habilidades y experiencia en esta actividad, y su participación se desarrolla con la aplicación del procedimiento descrito para los jueces, en lo que resulte pertinente. Corresponde al tribunal librar las comunicaciones requeridas y efectuar las coordinaciones necesarias para designar al rematador; instruirlo de sus obligaciones y el procedimiento; determinar la hora, fecha, forma y el lugar en que se celebrará la subasta; y definir los aseguramientos y las condiciones para su realización.

Dentro del plazo de cinco días de celebrada la subasta, el rematador designado presenta al tribunal un informe o acta sobre su resultado. El tribunal lo aprueba, si se ajusta a los requerimientos necesarios, y continúa el procedimiento para el pago del precio del remate y los demás trámites. En caso contrario, lo devuelve a aquel, para que lo subsane en la forma que corresponda.

— *El pago del remate*. El tribunal, en coordinación con el Banco que corresponda, designa la cuenta bancaria en la que se consignarán las

fianzas exigidas a los interesados para poder participar en la subasta y, una vez terminada esta, el precio de la venta o remate. No se permitirá el pago en efectivo; y, siempre que sea posible, mediante transferencia, tarjeta magnética y demás canales electrónicos de pago.

Impuesto del resultado de la subasta, el comprador deposita el importe del remate donde está establecido, en el plazo de 10 días, con la obligación de acreditarlo de inmediato al tribunal. El monto de la fianza prestada se suma al valor total de la cifra que tiene que pagar por la compra del bien. Tanto la fianza como el precio del remate se disponen en pesos cubanos.

Si el comprador no paga, se le incauta la fianza, su monto ingresa al presupuesto del Estado y se llama al segundo mejor postor; si este tampoco lo hace en el plazo que fije el tribunal, se sigue sucesivamente de igual modo por la lista de los posibles compradores y se procede igual.

Una vez que el comprador paga, el tribunal procede a ponerlo en posesión de los bienes, lo apercibe de la obligación de pagar el impuesto por la transmisión y envía comunicación al registro donde se encuentren inscritos para la realización de la anotación del traspaso de propiedad.

— *Supuesto de no presentación de compradores*. Si el día señalado no se presentan los posibles compradores, no se realizan ofertas o los montos de estas no igualan o superan el valor de la tasación de los bienes, el tribunal declara aquella desierta. En este supuesto, el acreedor ejecutante puede solicitar que se le adjudiquen los bienes por el importe de su crédito, cualquiera que sea su ascendencia; de no solicitarlo, el tribunal cancela la medida cautelar de embargo sobre estos bienes y se continua la ejecución sobre otros que posea el deudor —Artículo 483, CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4044].

— *Proceder cuando el precio del remate sobrepasa el monto de la deuda*. El último paso de la realización forzosa de los bienes es la liquidación, mediante la cual se ejecuta la operación matemática para efectuar las deducciones que sean necesarias sobre el monto del producto del remate, con vistas a pagar al Estado las cargas impositivas que sean necesarias, así como cubrir todos los créditos que el acreedor tenga a su favor por concepto de intereses y costas; si algún remanente quedara, se transfiere a favor del ejecutado (Mendoza, 2016, p. 347). En este caso, si el precio del remate sobrepasa el monto de la deuda, el tribunal dispone que la diferencia se pague al deudor, en la forma regulada en el Artículo 481 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4044].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

IV. LA SUBASTA JUDICIAL ELECTRÓNICA

En otros países, estas cuentan con una regulación específica para su desarrollo y efectividad. En España, por ejemplo, desde que entró en vigor la citada Ley No. 19, de 13 de julio 2015, todas se realizan de manera electrónica, por medio del portal único del BOE, lo cual permite una mayor transparencia y agilidad, entre muchas otras ventajas sobre la subasta presencial. El interés de los particulares por participar se ve incentivado por la facilidad de hacerlo a través de una plataforma; sin embargo, este modelo solo es aplicable a los procesos iniciados con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la ley.

El procedimiento en el portal del BOE consiste, esencialmente, en lo siguiente:

- Se publica la subasta.
- Durante sus 20 días de duración, se reciben las ofertas o posturas de los interesados.
- Si la última postura publicada es superior a la mejor realizada, hasta el momento del cierre, aquella se extiende una hora más para dar lugar a una mejora de la propuesta.
- La subasta puede ser suspendida por la administración de justicia por muchos motivos; por ejemplo, si el deudor puede realizar una promesa de pago.
- Finalizada la subasta, se toma nota del mejor postor y se devuelven los depósitos de garantía.

Una vez que se implemente la plataforma tecnológica en los tribunales cubanos, será posible realizar la subasta por la vía electrónica, de conformidad con lo regulado en el Artículo 165 de la LTJ [GOR-O (137), 2021, p. 3973], y el 220 del CPR [GOR-O, (137), 2021, p. 4010].

V. CONCLUSIONES

Con la entrada en vigor del CPR, se produce un avance importante en la regulación de la vía de apremio en el trámite de ejecución de resoluciones judiciales, en particular, de la celebración de la subasta judicial, y se eliminan las insuficiencias apreciadas en la LPCALE.

Uno de los aciertos de la nueva regulación ha sido facultar al CG-TSP para establecer el modelo de realización de la subasta, pues esto permitirá evaluar periódicamente los resultados de la práctica judicial y hacer los ajustes pertinentes, sin causar una modificación a la ley procesal.

La Instrucción No. 269 de 2022, del CG-TSP, diseña, con mayor precisión, los trámites esenciales a cumplir por los jueces para desarrollar la subasta de manera uniforme. En su configuración, le impregna amplia publicidad a la convocatoria, establece la posibilidad de hacer intervenir a un especialista para que realice aquella, determina los criterios para fijar el límite inferior de las ofertas, concibe los requisitos de los compradores, entre otros aspectos que urgía establecer, lo que constituye una herramienta útil e imprescindible en la actuación de los tribunales de justicia, para hacer cumplir las condenas dinerarias.

VI. REFERENCIAS

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Ibáñez, M. A. (2019). *La subasta y el subastador*. Alveroni. https://www.alveroni.com/wp-content/uploads/2019/12/La-subasta-y-el-subastador.pdf

Instrucción No. 269. (Agosto 9, 2022). GOR-O (82), 2193-2197.

Ley de enjuiciamiento civil. En Betancourt, A. C. (1913). *Nueva Ley de enjuiciamiento civil vigente en la República de Cuba*. Rambla, Bouza y Cía.

Ley de enjuiciamiento civil. (Enero 8, 2000). BOE (7). https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con

Ley de jurisdicción voluntaria. (Julio 2, 2015). BOE (158). https://www.boe.es/eli/es/l/2015/01/07/15/con

Ley del notariado. (Mayo 29, 1862). GM (149). https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/(1)/con

Ley No. 7, De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico. (2015). En Mantecón Ramos, A. (Rev.). *Ley No. 7, Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (Edición revisada y actualizada)*. Ediciones ONBC.

Ley No. 59, Código civil. (Octubre 15, 1987). GOR-E (9), 39-81.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Ley No. 19, Medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de justicia y del Registro Civil. (Julio 14, 2015). BOE (167). https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/13/19/con

Ley No. 140, De los tribunales de justicia. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (137), 3929-3975.

Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.

Luque Torres, G. (2016). *Las subastas judiciales.* Comares.

Mendoza Díaz, J. (2016). *Derecho procesal civil*. Félix Varela.

Martín López, M. M. (2021). *Subastas judiciales. Paso a paso*. Colex.

Moreno Catena, V. (1995). *Derecho procesal civil*. Tirant lo Blanch.

Serna Bosch, J. (2016). *La subasta judicial en la Ley de enjuiciamiento civil.* (3.ª ed.). Bosch.

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Septiembre 5, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

PRECISIONES ACERCA DE LA LEY DE EJECUCIÓN PENAL

PRECISIONS ABOUT THE CRIMINAL EXECUTION LAW

Esp. Jesús Ramón García Ruiz
Magistrado, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo Popular, Cuba
Código ORCID: 0009-0007-8495-2680
jesus@tsp.gob.cu

Resumen

El artículo aborda varios elementos básicos sobre la Ley No. 152, de 15 de mayo de 2022, Ley de ejecución penal, con el fin de propiciar una mejor comprensión de su contenido y coadyuvar a su aplicación práctica efectiva, por parte de los operadores del *sistema jurídico-penal*, renovado como consecuencia de los derechos y garantías incorporados a la Constitución de la República de Cuba, de 2019. Además, pretende estimular la investigación científica sobre el *Derecho penal de ejecución*, como un imperativo derivado de la aprobación de la norma jurídica de referencia. Entre los elementos básicos en los que se enfoca, se encuentran sus antecedentes normativos y la fundamentación político-social e institucional de dicha ley; una caracterización de su proceso de creación legislativa; la perspectiva teórica y normativa de la ejecución como una etapa específica del proceso penal; la ubicación de dicha disposición normativa dentro del sistema jurídico que rige la materia; su estructura, principios básicos, sus disposiciones legales complementarias y los tratados internacionales más relevantes que desarrolla o se integran a ella; por último, ofrece un criterio concreto relacionado con su aplicación en el tiempo.

Palabras clave: Ley de ejecución penal; principios; tratados; retroactividad.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Abstract

The article addresses several basic elements of Law No.152 of May 15, 2022, Criminal Execution Law, in order to promote a better understanding of its content and contribute to its effective practical application by the operators of the criminal-legal system, renewed as a result of the rights and guarantees incorporated into the Constitution of the Republic of Cuba, of 2019. In addition, it aims to stimulate scientific research on criminal enforcement law, as an imperative derived from the adoption of the legal standard of reference. Among the basic elements it focuses on are its normative background and the political-social and institutional foundations of said law; a characterization of its legislative creation process; the theoretical and normative perspective of enforcement as a specific stage of the criminal process; the location of said normative provision within the legal system governing the matter; its structure, basic principles, its complementary legal provisions and the most relevant international treaties that it develops or are integrated into it; finally, it offers a concrete criterion related to its application over time.

Keywords: *Criminal enforcement law; principles; treaties; retroactivity.*

Sumario

I. Introducción; II. La ejecución como etapa procesal; III. Antecedentes normativos y fundamentos; IV. La nueva ley en el sistema jurídico-penal; V. Caracterización general; VI. Incorporación de los tratados internacionales; VII. La aplicación de la ley en el tiempo; VIII. Situación de las personas sujetas a medidas de seguridad en el contexto actual; IX. Conclusiones; X. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En reiteradas oportunidades, Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP, ha insistido en la necesidad de que las experiencias acumuladas durante el proceso de creación legislativa desarrollado bajo la égida del máximo órgano de justicia del país, que desembocó en la hoy denominada *reforma legal del sistema penal cubano*, quedasen documentadas por aquellos que intervinieron en dichos trabajos, por su relevancia histórica, institucional y técnica.

Por ende, este constituye un primer motivo esencial para el autor exponer, con la brevedad y concreción que exigen las normas de publicación establecidas, algunas de sus experiencias y criterios sobre la LEP [GORO (94), 2022, pp. 2697-2738], que comenzó a regir en el país el 29 de noviembre de ese año.

Por otro lado, cuando el profesor Danilo Rivero García conformaba su libro *Estudios sobre el proceso penal* (Rivero, 2014, s.p.), publicado poco antes de que falleciera, en varias oportunidades, propuso al autor del presente trabajo elaborar, de conjunto, un artículo sobre la ejecución de sentencias penales, a los efectos de que ese tema se incluyera en el citado material; pero ello no fue finalmente cumplido y el mencionado texto quedó huérfano de ese contenido; no obstante, ambos se comprometieron, entonces, a saldar esa deuda en un futuro inmediato, sin poder cumplirla porque Danilo dejó de existir físicamente, aunque su legado, su impronta doctrinal y práctica, y su ejemplo de magisterio y constante superación, quedaron por siempre vivos en los operadores del Derecho en el país. Por tanto, como segundo motivo, con este trabajo se trata de honrar la deuda pendiente con el insigne jurista, a cuya memoria se dedica.

Es un hecho cierto que la doctrina cubana sobre el tema del *Derecho penal de ejecución* está incompleta; por una parte, la academia autóctona la ha tratado de manera difusa, y su abordaje se ha producido fundamentalmente en el orden criminológico; y, por otra, a dicho estado del arte contribuyó la inexistencia de un marco legal establecido con carácter concentrado, específico y propio de la materia y para ella.

En ese sentido, es necesario señalar que, desde comienzos del presente siglo, fue instaurado el juez de ejecución en el ST cubano, cuya labor se fue perfeccionando con pronunciamientos normativos del CG-TSP, hasta desembocar en el actual sistema de control, influencia y atención a las personas que extinguen sanciones y medidas de seguridad penales, por lo que su experiencia acumulada en todo ese tiempo se convierte en un elemento nada desdeñable para ser utilizado en la elaboración de la doctrina del *Derecho penal de ejecución* propiamente cubano.

El hecho de contar, desde el 15 de mayo de 2022, con una LEP con sus actuales y futuras disposiciones legales complementarias, genera un favorable estado de interés que debe ser aprovechado inteligente e intencionadamente, para ir completando el trecho que le falta a la dogmática sobre este tema, tarea en la que tienen que combinarse las

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

experiencias que se recojan con su aplicación a los casos prácticos concretos, en cuya solución los operadores del sistema están sometidos a la exigencia de actuar y resolver «en caliente», a la vez que urge que el círculo académico aporte, lo más inmediato posible, los argumentos para su apoyo teórico, o para su crítica.

En el impulso para enrumbar los esfuerzos hacia la conformación de un *Derecho penal de ejecución* propio se advierte que la dupla dialéctica integrada por la doctrina y la práctica está ante una situación problémica que se puede identificar a través de los interrogantes siguientes:

• ¿Existe suficiente claridad en lo que concierne al proceso de ejecución penal y el sitio que este ocupa en el sistema jurídico-penal?

• ¿Cuál es el papel que cumplen los antecedentes normativos y los fundamentos político-sociales e institucionales de la norma jurídica objeto de la exposición?

• Para cumplir los objetivos que se propone la norma, ¿serán suficientes su contenido regulatorio, los principios que propugna y el desarrollo e integración de los tratados internacionales que abordan la materia?

• Partiendo de su carácter novedoso como sistema normativo concentrado, ¿resultará necesario esclarecer determinados aspectos de su aplicación temporal y los casos a los que se contrae este problema?

Una respuesta integral a tales cuestiones conduce a plantearse que el proceso de ejecución penal tiene asegurado un lugar propio, dentro del sistema jurídico en esta materia y, en la conformación de su actual marco regulatorio concentrado, desempeñaron un importante papel sus antecedentes legales, los fundamentos socio-políticos e institucionales y las pautas que establecen los instrumentos internacionales correspondientes, de forma tal que su sistemática permite la consecución de sus objetivos.

Por otra parte, debido a sus novedades intrínsecas, una de las urgencias prácticas más relevantes consiste en reconocer que su aplicación temporal está determinada por criterios y principios que están validados por la doctrina y la propia ley, los cuales deben ser tomados en cuenta para solucionar los casos concretos que se presenten.

Todo lo expuesto exige que, como objetivos específicos del trabajo, sean planteados los siguientes:

• Esclarecer la posición que ocupa el proceso de ejecución penal en el sistema positivo que informa esta materia, en el que se le reconoce que es una etapa del proceso en general.

• Validar la trascendencia y el impacto que tuvieron en la conformación de la norma legal objeto del trabajo los antecedentes normativos, los fundamentos político-sociales e institucionales y los tratados internacionales que abordan esta materia.

• Caracterizar dicha ley, su contenido regulatorio y los principios que contiene como sistema jurídico positivo concentrado.

• Desentrañar los principales criterios y principios teóricos y normativos que deben ser tenidos en cuenta, para su aplicación temporal a determinados casos y que estos sean solucionados en justicia.

II. LA EJECUCIÓN COMO ETAPA PROCESAL

Luego de las ideas precedentes, deviene necesario que quede explanado el aspecto que concierne a la ubicación natural de la *ejecución* en el sistema jurídico-penal.

Si bien antaño se suscitaron discusiones doctrinales en torno a este tópico, en el presente, una aplastante mayoría de los académicos están tranquilos, por haber concordado —como ocurre con Quinta (2023, s.p.)—, en que la *ejecución* forma parte del proceso penal, o sea, es una de sus etapas o fases; y, en ella, intervienen diferentes sujetos, estatales o no, cuya actuación coordinada tiene como fin el cumplimiento de las decisiones contenidas en las correspondientes sentencias firmes y otras resoluciones dictadas por los investidos de autoridad para ello, a cuyo efecto ejecutan, ordenan o coadyuvan al acatamiento de los actos que se requieran y sean necesarios, dentro de los límites establecidos en la ley. El autor del presente artículo asume la conceptualización, el alcance y reconocimiento de la ejecución como una etapa del proceso penal.

Para llegar a esa conclusión inequívoca, basta con señalar que la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], vigente desde el primero de enero de 2022, es clara y terminante al reconocer que la ejecución de las sentencias firmes y otras resoluciones dictadas en un procedimiento en esta materia, es parte natural del proceso, en tanto constituye su última etapa.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

III. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y FUNDAMENTOS

La autóctona historia cubana de producción normativa vinculada con el proceso de ejecución penal comenzó el 4 de abril de 1936, cuando fue promulgada la primera Ley de ejecución de sanciones y medidas de seguridad privativas de libertad, mediante el Decreto-Ley No. 802, como una disposición complementaria al CDS [GOR-E (108), 1936]; que entró en vigor dos años después, el 9 de octubre de 1938; y, con posterioridad, el Decreto presidencial No. 2103, también de 7 de octubre de 1938 [GOR, 1938, p. 6306] puso en vigor el reglamento del mencionado texto jurídico sustantivo.

Esa última disposición normativa fue objeto de varias reformas, entre las que se citan las del Decreto No. 844, de 19 de marzo de 1940, que derogó el aludido decreto presidencial, y puso en vigor un nuevo reglamento, que contenía 92 artículos, cuatro disposiciones complementarias, seis transitorias y otras seis finales (Casasús, 1941, s.p.).

Seguidamente, por el Decreto No. 991, de 15 de abril de 1940 [GOR, 1940, p. 8420], se modificaron el Artículo 4 del aludido reglamento y varias de sus disposiciones transitorias y finales.

Al ser aprobada la Ley No. 21, de 15 de febrero de 1979 [GOR-O (3), pp. 47-105], que vino a ser el primer Código penal nativo de la etapa revolucionaria, se deroga el CDS, no así la indicada ley de 1936, aunque estaba en desuso; y quedó finiquitada definitivamente con la Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987 [GOR-EES (3), pp. 51-97], que derogó la precedente norma penal sustantiva y lo que en materia de ejecución de sanciones estaba vigente hasta ese momento.

En la década de 1980 y a principios de 1990, se elaboraron varios proyectos de ley de ejecución de sanciones privativas de libertad y medidas reducativas de internamiento, que no fueron presentados a la ANPP, al considerarse que no eran abarcadores del espectro de sanciones que contenía el Código penal vigente en ese tiempo.

Por otra parte, la ejecución de sentencias penales firmes también contó con determinadas regulaciones en la LECrim de 1882 (Meriño, 1967), extendida a Cuba el 19 de octubre de 1888, derogada por la Ley No. 1251, de 25 de junio de 1973 (Ministerio de Justicia, 1973) y esta, a su vez, sustituida cuatro años después por la Ley No. 5 de 1977, como nueva LPP (MINJUS, 2003), con modificaciones sucesivas, que en todos

los casos solo establecían regulaciones generales para la ejecución de las sanciones principales y accesorias, y otros pronunciamientos de la resolución judicial firme de que se tratara.

En ese mismo sentido, las leyes 6, de 8 de agosto de 1977, LPPM (MINJUS, 1977); 22, De los delitos militares [GOR-O (6), 11-119]; y 62 de 1987, CP [GOR-EES (3), 1987, pp. 51-97], luego modificadas por otras disposiciones legales, contenían preceptos generales y de competencia aplicables a la ejecución de sanciones y medidas de seguridad.

La dispersión que caracterizaba el marco regulatorio de esta materia tiene, como otros ejemplos palpables, los artículos 10, 11 y 12 del Decreto No. 326 de 2013, Reglamento del Código del trabajo [GOR-E (29), 2014, pp. 483-523], y el Decreto-Ley No. 302, modificativo de la Ley de migración (ACNUR, 2014), con determinados elementos que impactaban en la ejecución penal; además de coexistir otras disposiciones legales emanadas de varios organismos de la Administración Central del Estado, con relevancia en los ministerios del Interior, y de Trabajo y Seguridad Social, y de organizaciones sociales y de masas que también intervienen en el proceso que se analiza.

Ante la necesidad de uniformar la práctica judicial en esta materia, el CG-TSP dictó un amplio conjunto de instrumentos normativos que guardan relación con dicho proceso, entre los que sobresalieron las instrucciones 163, de 14 de diciembre de 2000 (*Boletín*, 2001, 40-45), con las modificaciones de la 163-BIS, de 24 de abril de 2022 (*Boletín*, 2002, 21-26) y la 201 [GOR-O (54), 2012, pp. 1780-1794], 223 [GOR-E (25), 2013, pp. 193-197], 234 (*Boletín*, 2016, 13-24), entre otras, cuyos contenidos principales pasaron a formar parte de la Ley No. 152, LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738], y del Decreto-Ley No. 74, Reglamento de la anterior [GOR-O (95), 2023, pp. 2501-2576].

Cuando un operador del sistema jurídico o cualquier interesado decidía introducirse en el estudio del tema de la ejecución en materia penal se hallaba con este primer inconveniente, o sea, el de la aludida dispersión normativa, agudizada por la falta de concordancia de dicho sistema legal con todo lo instrumentado por un determinado número de tratados internacionales que rigen en esta materia, situación que inevitablemente arrostraba contradicciones y lagunas que, en la práctica y no siempre, eran resueltas a través de los principios de la lógica, incluyendo en esta la analogía en favor del sancionado o asegurado, la razón y la justicia.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Entre los antecedentes político-sociales e institucionales que deben ser identificados, a los efectos de conocer la necesidad de una norma jurídica como la actual, en primer lugar se encuentran los Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución, aprobados en el VI Congreso del PCC, en cuyo texto se plasmó la impostergable actualización del modelo económico cubano, en aras de garantizar la continuidad e irreversibilidad del socialismo, el desarrollo económico y social del país, y la necesaria formación de valores éticos y políticos de los ciudadanos, así como el restablecimiento y consolidación de la disciplina social, cuyas premisas exigían un proceso encaminado, entre otras cosas, a ordenar la actividad legislativa en el sentido de modificar, unificar o elaborar las normas jurídicas que garantizaran su implementación y efectividad.

Inmediatamente después, el 23 de diciembre de 2011, el TSP y la FGR rindieron cuenta a la ANPP, cuyos diputados recomendaron realizar un estudio integral del sistema de justicia penal del país, lo que se repitió en el posterior proceso de rendición de cuenta, culminado en diciembre de 2017.

Como resultado de estos acuerdos, en la Proyección estratégica de la Comisión permanente para la implementación y desarrollo de los lineamientos, se insertó el objetivo 33, relacionado con la actualización de la normativa del sistema penal, para lo que se conformó un grupo temporal de trabajo, presidido por el fiscal general de la República e integrado por los titulares del TSP, los ministerios de Justicia, el Interior y Educación, encomendándosele al órgano supremo de justicia, en junio de 2012, la coordinación y presentación de un anteproyecto de ley de ejecución de sanciones penales y medidas de seguridad, así como la identificación de las normas jurídicas que la complementaran, lo que conllevó a la creación de un subgrupo de trabajo que laboró en la sede del máximo órgano de justicia, desde el 21 de septiembre de 2012, para desarrollar las políticas de la futura norma jurídica, cuya última versión se presentó en mayo de 2014 al grupo legislativo de la Comisión de implementación; y este documento quedó detenido en virtud del proceso de reforma constitucional que se estaba gestando en esos instantes.

La vida demostró la tremenda razón que tuvo la dirección del país al detener el proceso de creación legislativa que se llevaba a cabo en materia penal, que incluía la elaboración de los anteproyectos de LPRP, CPE y Ley de ejecución de sanciones penales y medidas de seguridad, como

se denominaba en esos momentos, porque, en diciembre de 2018, la ANPP aprobó la nueva CRC, ratificada en referendo popular de 24 de febrero de 2019 y proclamada el 10 de abril del propio año [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116], fecha en la que comenzó a regir, lo que significó un parteaguas en el sistema de derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, por lo que, en su disposición transitoria décima, encomendó al CG-TSP presentar al máximo órgano legislativo del país las propuestas de modificaciones a la LPP, para que entrara en consonancia con los principios constitucionales del debido proceso.

Pero, en esto, también se hizo notorio que los cambios no solo debían estar vinculados a esta norma jurídica procesal, sino que era necesaria una reforma integral del *sistema jurídico-penal*, aconsejando la elaboración conjunta de los anteproyectos de leyes que garantizaran el desarrollo de los postulados del texto constitucional en lo concerniente a esta materia, entre los cuales fueron identificados 68 preceptos que impactan en la fase de ejecución penal, con trascendental preponderancia en sus artículos 1, 8, 60 y 123.

Consecuentemente, el 21 de marzo de 2019, se reactivaron las labores del grupo temporal de trabajo encargado de conformar un nuevo anteproyecto de norma legal que fuera fiel reflejo de los profundos cambios que se estaban gestando en el *sistema jurídico-penal* cubano, lo que, como eslabón del sistema, exigía que estuviera concordado con las futuras disposiciones penales adjetivas y sustantivas, y también con las orgánicas del ST y de la FGR, que se estaban confeccionando con ese objetivo en concomitancia temporal, en la sede de estos órganos. La experiencia adquirida en el proceso general de producción normativa exigió que dicho grupo temporal ampliara su composición, por lo que comenzaron a formar parte de él los especialistas y expertos designados, en representación del TSP, la FGR (incluyendo a un representante de la FMP), los ministerios del Interior, Justicia y Relaciones Exteriores, la Universidad de La Habana y la ONBC.

Así, entre marzo de 2019 y octubre de 2020, se elaboraron las nuevas políticas y el anteproyecto de LEP, así denominado definitivamente para que abarcara la ejecución de la medida cautelar de prisión provisional y el sobreseimiento condicionado, que no están relacionados con sentencias firmes propiamente.

El componente científico-técnico y normativo revisado durante la elaboración del anteproyecto es bastante elevado, por cuanto se con-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

sultaron 46 textos del ordenamiento jurídico cubano (18 leyes, cinco decretos-ley, seis decretos, 15 resoluciones, un convenio, un acuerdo y un plan de acción conjunta), 26 leyes de ejecución de sanciones penales de otros países, cuatro códigos penales extranjeros, 13 tratados internacionales, y numerosos artículos y tesis de grado científico nacionales y foráneos.

Fueron examinadas, además, 160 disposiciones del TSP, así como 26 de la FGR, los ministerios del Interior, Salud Pública, Trabajo y Seguridad Social, Educación, Finanzas y Precios, y Cultura.

En noviembre de 2021, se aprobaron las propuestas de Política y el anteproyecto de ley por parte del grupo central de capacidad legislativa y, en febrero de 2022, el CG-TSP presentó su texto al presidente de la ANPP, junto al del CPE, con el antecedente de que ya habían sido aprobadas las leyes 140, LTJ [GOR-O (137), 2021, pp. 3929-3975] y 143, LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], ambas de 28 de octubre de 2021, y 147, LPRPM [GOR-E (12), 2022, pp. 575-715], reguladoras del componente orgánico del sistema judicial y los procesos penales ordinario y militar, que tienen evidente impacto en el proceso de ejecución de sanciones penales, medidas de seguridad posdelictivas, cautelar de prisión provisional y sobreseimiento condicionado.

En resumen, la norma jurídica que se aborda, se gestó en medio de un proceso de transparentación de la vida política del país, dentro del cual se evidenció la necesaria publicidad de los actos de toma de decisiones que impactan en la sociedad socialista cubana, entre los que devienen significativos aquellos vinculados con la creación normativa del nuevo sistema legal patrio. Sin lugar a dudas, este nuevo tipo de enfoque de la cuestión legislativa permitió la amplia y abierta participación de importantes sectores de la sociedad, y de la población en general, cuyas opiniones y propuestas contribuyeron significativamente a la creación de todas las disposiciones jurídicas que desembocaron en la reforma de nuestro *sistema jurídico-penal*, tal cual lo exigió el marco constitucional vigente después del 10 de abril de 2019.

En el discurso de presentación del proyecto de LEP a los diputados, el domingo 15 de mayo de 2022, el presidente del TSP argumentó que, en las acciones generales de discusión y consulta que se llevaron a efecto, intervinieron 1347 personas y, como resultado, se recibieron 333 propuestas de modificación o de mejoras del texto del proyecto,

de las que fueron admitidas 187 (56,2%), mientras resultaron desestimados 146 planteamientos, que no resultaron pertinentes.

Dentro de ese conglomerado estadístico, debe destacarse que los diputados emitieron 30 propuestas, de las que fueron aceptadas 22 (73,3%) y se denegaron 8, todas oportunamente conciliadas y evaluadas con sus proponentes; de manera que afirmó, categóricamente, y con toda razón, que el proyecto de norma fue el resultado de un amplio proceso de consulta y elaboración colectiva, plural y enriquecido desde la base.

El propio 15 de mayo de 2022, momentos después de que los diputados votaran a favor del nuevo CPE, fue aprobada la LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738], que mantiene un contenido coherente con los cuerpos legislativos aprobados antes; o sea, que está adecuada a los principios básicos que siguen las leyes procesales penales y el CPE, Ley No. 151 [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], que rigen en el país en la actual y perspectiva realidad económica, social y penitenciaria.

IV. LA NUEVA LEY EN EL SISTEMA JURÍDICO-PENAL

El Estado socialista de derecho que propugna el Artículo 1 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 71] significa, en primer lugar, que en el país existe y rige un conjunto de disposiciones normativas destinadas a regular los objetivos y destinos de la sociedad en sus aspectos sociales, políticos y económicos, las que conforman el denominado sistema jurídico nacional.

El *sistema jurídico-penal* forma parte de aquel, y se integra por todas las disposiciones jurídicas referidas a la materia, sean de índole sustantiva o adjetiva; o sea, que en él caben las leyes procesales y materiales, y las demás regulaciones legales complementarias dictadas por los órganos y organismos competentes. Y si algo quedó demostrado durante todo el proceso de creación legislativa, desarrollado a partir de la entrada en vigor de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116], es lo concerniente a que la LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738] forma parte del mencionado sistema, con igual rango de validez que las leyes No. 143, LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251]; 147, LPRPM [GOR-E (12), 2022, pp. 575-715]; y 151, CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], de lo que se deduce que, como característica elemental, debe ser coherente y concordante con estas otras en sus aspectos esenciales.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Después de la entrada en vigor de la LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738], el 29 de noviembre de 2022, fue aprobada la Ley No. 160, De la Fiscalía General de la República [GOR-O (5), 2023, pp. 87-113], cuyo Artículo 12 b) y f) (p. 90), establece que dicho órgano estatal tiene las funciones específicas de velar, cumplir, comprobar y exigir el respeto de las garantías constitucionales y procesales en los asuntos penales y judiciales en que interviene, así como en la tramitación de otros asuntos que le atribuye la ley, además de comprobar la observancia de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116], las leyes y demás disposiciones normativas, respecto a los derechos y las garantías de las personas privadas de libertad, durante la detención, el cumplimiento de las sanciones y la medida cautelar de prisión provisional y de seguridad terapéutica.

Ahora, el lugar que ocupa la LEP en el *sistema jurídico-penal* y su aparente punto de partida de acuerdo con lo que se deduce de su caracterización como una fase del proceso, conforme al tratamiento que le concede la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], no conduce a que sus regulaciones específicas tengan una naturaleza adjetiva.

En ese caso, es de fácil comprobación que, en la propia ley procesal penal, aparecen determinadas disposiciones que sientan pautas que abordan elementos de naturaleza estrictamente ejecutiva, lo que, de ningún modo, puede ser objeto de crítica, ya que esta tiene un carácter generalizador. Puede afirmarse, entonces, que, en el *sistema jurídico-penal*, la LEP se erige en la norma legal que le da continuidad a la anterior mencionada y al CPE, a la vez que los complementa, al enfocarse en la regulación taxativa de una parte importante, la de mayor peso, de los aspectos y cuestiones que son objeto de atención en dicha fase final del proceso, cuya complejidad está determinada por el hecho de que, en ella, están presentes, intervienen, tienen facultades, atribuciones, obligaciones y responsabilidades muchos actores o sujetos de diferentes orígenes y procedencias, cuya actuación particular se rige por regulaciones jurídicas de diversos tipos, mientras que estos movimientos e intervenciones se producen en diferentes escenarios que no siempre son los estrictamente judiciales, sino otros, entre los que se cuentan, en primer orden y como más significativos, los lugares de internamiento.

Vista tal interconexión de los elementos normativos que forman parte del *sistema jurídico-penal* cubano, cabe la posibilidad de cuestionar al legislador por no haberlo integrado en un cuerpo normativo único, a título de código —como ocurre con el Código orgánico integral penal del Ecuador por citar un ejemplo—, y en el entendido de que el

Artículo 26.1 del Acuerdo de 4 de noviembre de 2018, del Consejo de Estado, que aprobó la *Metodología para la elaboración de las disposiciones jurídicas* [GOR-E (76), pp. 1335-1349], establece que, cuando la ley sistematiza de forma clara y concreta una rama específica del Derecho, se denomina *código*.

Realmente, esta idea nunca fue proyectada en las políticas que se aprobaron para la elaboración de los proyectos de dichas leyes, e incluso la academia la decantó en todo momento, entre otras razones, porque el mero hecho de formar parte de un sistema, no obliga a que se supriman las individualidades ni particularidades de cada una de sus partes integrantes.

Otro fundamento para objetar dicha idea, se focaliza en los constantes cambios de circunstancias y condiciones que impactan en la ejecución penal, por lo que el marco regulatorio de esta materia específica no puede quedar concentrado en la aludida norma jurídica, sino que, necesariamente, para dicha fase ejecutiva, debe regir un amplio andamiaje de disposiciones principales y complementarias de distintos rangos, concordadas entre sí, entre las que resaltan:

• Su reglamento, aprobado por el Consejo de Estado, mediante el Decreto-Ley No. 74, de 17 de julio de 2023 [GOR-O (95), 2023, pp. 2501-2576], cuyo Artículo 1 establece que su objeto se concentra en implementar las disposiciones de la ley en el curso del proceso de ejecución de sanciones penales, medidas de seguridad posdelictivas terapéuticas, cautelar de prisión provisional y sobreseimiento condicionado, en lo relacionado con el modo y tiempo de actuación de:

a) Las autoridades, los órganos, organismos e instituciones y las entidades estatales y no estatales, en el cumplimiento de sus responsabilidades, facultades y atribuciones;

b) las personas naturales y jurídicas sancionadas, aseguradas con medidas posdelictivas terapéuticas y de prisión provisional, o sobreseídas condicionadamente, en lo que corresponde al ejercicio y el respeto de sus derechos y garantías, obtener los beneficios concebidos para cada caso, cumplir y acatar las obligaciones y prohibiciones que la ley y su reglamento establecen, y ser objeto de las consecuencias que su incumplimiento les implica; y

c) las demás personas naturales y jurídicas, a las que la ley les concede posibilidades de actuar en este proceso.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

• Órdenes y otras normativas del MININT que instrumentan los procederes internos del sistema penitenciario en sus cuatro elementos básicos: Ingreso, observación, evaluación y diagnóstico; tratamiento; registro legal; y seguridad en dichos lugares de internamiento; así como la actuación de la PNR, Inmigración y Extranjería, oficinas de trámites de la población, entre otras de sus direcciones.

• Disposiciones normativas del CG-TSP y la FGR para uniformar la práctica en sus respectivas esferas de actuación en la materia.

• Regulaciones generales y específicas de determinados OACE (ministerios de Justicia, Trabajo y Seguridad Social, Finanzas y Precios, Salud Pública, entre otros); y

• Directivas de las organizaciones sociales y de masas que aportan al esfuerzo común de reinserción social del sancionado o a la rehabilitación del asegurado posdelictivo.

V. CARACTERIZACIÓN GENERAL

La LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738], que se estructura en cuatro libros, 16 títulos, 48 capítulos, 21 secciones, 197 artículos, siete disposiciones especiales y cinco finales, aborda el conjunto de derechos, garantías, obligaciones y prohibiciones de las personas sancionadas y aseguradas con medidas posdelictivas, en prisión provisional y sobreseídas condicionadamente; y se enfoca en el objetivo de hacer más eficaz el cumplimiento de los fines de las sanciones y medidas de seguridad posdelictivas impuestas mediante sentencias y otras resoluciones judiciales firmes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 60 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 81], 29.1 y 2.1 del CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2566, 2558].

Una caracterización general de dicha disposición jurídica conduce a plantear que se ciñe a la sistemática seguida en el CPE, que identifica taxativamente, y en un orden descendente de rigor, las sanciones principales (autónomas y alternativas), y accesorias (que pueden erigirse en mixtas, a su vez, distinguiendo las aplicables a las personas naturales de las que se pueden imponer a las personas jurídicas).

No obstante, se le debe criticar que su preceptiva no sigue un orden lógico de desarrollo de las temáticas que aborda, y esta dispersión dificulta su dominio práctico, aspecto negativo que fue enfrentado por el

grupo temporal de trabajo que elaboró el reglamento de la ley, en el que se agruparon tales temáticas, según el orden racional que tienen dentro del proceso de ejecución; y esto explica que no concuerden las sistemáticas que siguen la propia ley y su reglamento.

Transparenta las regulaciones sobre el funcionamiento del sistema penitenciario, las atribuciones y facultades de sus autoridades, y satisface los requerimientos básicos y esenciales, destinados a garantizar los derechos de las personas privadas de libertad y el cumplimiento de las normativas que rigen su tratamiento en los establecimientos penitenciarios.

Como valor agregado a esta transparencia, basta decir que los manuales de procedimientos internos de trabajo del sistema penitenciario —que establecen aspectos medulares del quehacer en ese ámbito—, adquieren carácter público, lo que se erige en una novedosa situación nunca vista en Cuba. Estos manuales, que están en proceso de ser actualizados por el jefe de la Dirección de Establecimientos Penitenciarios del MININT, contienen una amplia gama de regulaciones en cuanto a: ingreso, observación, evaluación y diagnóstico, registro legal, tratamiento educativo y seguridad penitenciaria.

Perfecciona el proceso de control, atención e influencia de los sancionados, asegurados posdelictivos y de los sobreseídos condicionadamente, cuyo sistema cuenta con una experiencia de 22 años en la actividad, desarrollada por los jueces de ejecución y los demás factores que se integran en dicho proceso de reinserción social de los sancionados y asegurados.

A diferencia de su antecedente histórico (el CDS), esta se extiende a todo el sistema de sanciones principales y accesorias aplicables a las personas naturales y jurídicas, que no son pocas y sí bastante novedosas en determinados casos, y a las medidas de seguridad posdelictivas previstas en el nuevo CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696]; además, con un criterio mucho más amplio y garantista, incluye en su preceptiva lo concerniente a la ejecución de la medida cautelar de prisión provisional, cuyo tratamiento estaba sujeto a lo que disponía el reglamento interno del sistema penitenciario y alguna que otra regulación relacionada con la labor de control de la legalidad en esos establecimientos, por la FGR y en la derogada LPP, mientras se insertan el control y seguimiento de las personas sometidas a prueba en virtud del beneficio de la remisión condicional de la sanción o que están sujetas al sobreseimiento condicionado que establece la nueva LPRP en sus artículos del 419 al 422 [GOR-O (140), 2021, p. 4172].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

También precisa determinados elementos legales, de orden sustantivo y adjetivo, que deben ser observados en la ejecución de otras obligaciones dispuestas en la correspondiente sentencia firme.

Desarrolla el conjunto de principios que rigen en el proceso de ejecución penal, entre los que se destacan los de:

• *Legalidad*: Sustentado en la prohibición de someter a las personas al cumplimiento de una sanción o medida de seguridad posdelictiva, o cautelar de prisión provisional que no esté establecida en la ley o no haya sido impuesta por resolución dictada por el órgano o la autoridad competente; mientras que su ejecución deberá ser de conformidad con lo establecido en las leyes y sus reglamentos. Se deriva del Artículo 59 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 81]; y se desarrolla en los artículos 3 y 821 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4096 y 4244], 1.2 y 2.2 del vigente CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2558].

• *Humanismo*: Exige que el trato a la persona privada de libertad debe ser con respeto a su dignidad humana, integridad física y mental, y se le ha de garantizar el ejercicio de sus derechos fundamentales refrendados constitucionalmente, no pudiendo ser sometida nunca a tratos crueles, degradantes o inhumanos. Este principio se refrenda en los artículos 58, 59 y 62 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 81] y 71 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2580].

• *Igualdad:* Proscribe cualquier tipo de discriminación durante el cumplimiento de la sanción o medida de seguridad o cautelar. Se sustenta en los artículos del 41 al 43 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 79].

• *Derecho a la defensa*: Garantiza que la persona sujeta a sanción o medida de seguridad, o cautelar pueda defenderse por sí, mediante representación letrada o por terceros, durante la tramitación y solución de los incidentes que se susciten en la fase de ejecución. Es un derecho elemental en cualquier fase del proceso penal, en tanto se lesionen derechos fundamentales de las personas, tal como reconoce el Artículo 59 de la Ley suprema [GOR-E (5), 2019, p. 81].

• *Judicialización*: Permite ventilar ante el tribunal competente aquellas cuestiones que la ley determina taxativamente, que se produzcan durante el cumplimiento de la sanción o medida de seguridad posdelictiva que conlleven decisiones con trascendencia al estado de su cumplimiento.

• *Proporcionalidad*: Relativo a la racionalidad que debe existir en el ejercicio de las facultades de las autoridades encargadas del tratamiento

educativo y de reinserción social de la persona sancionada o asegurada y en correspondencia con su conducta y situación legal, las consecuencias producidas con su actuar y los motivos que determinan su intervención.

• *Control de la ejecución de la sanción*: Referido al seguimiento permanente que ejercerá el Estado, a través de los órganos designados, en aras de velar que se aplique el régimen establecido para el cumplimiento de las sanciones y medidas de seguridad y cautelar, a fin de alcanzar los propósitos legales establecidos. En su momento, la ya citada Instrucción No. 163 (*Boletín*, 2001, 40-45), organizó el control del cumplimiento de las sanciones y medidas de seguridad que se extinguían en condiciones de libertad, quedando bajo la tutela del juez de ejecución su control y seguimiento, y a este instrumento normativo le sucedieron modificaciones con la también mencionada Instrucción 163-BIS (*Boletín*, 2002, 21-26), hasta que fue derogada por la Instrucción 201 [GOR-O (54), 2012, pp. 1780-1794].

• *Impugnabilidad*: Con el que se garantiza que, contra las decisiones que se adopten o se emitan durante el proceso de ejecución, el sancionado o asegurado pueda establecer los recursos que la ley prevé. A partir de lo regulado en el Artículo 94 f) de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 87], como garantía de la seguridad jurídica de los sancionados, se instituye la posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales y administrativas, para mostrar la inconformidad con otras decisiones que son adoptadas durante la fase de ejecución, como las relativas al régimen disciplinario aplicado, sin obviar el derecho constitucional de queja y peticiones reconocido en el Artículo 61 de la misma Ley suprema (p. 81).

• *Compatibilidad y reducción del aislamiento social*: Los regímenes penitenciarios deben tender a reducir la diferencia entre la vida en prisión y la vida en libertad, con el reforzamiento o preservación de los vínculos familiares, educacionales y laborales, y el acceso de los internos a los medios masivos de comunicación. Se deriva del Artículo 4.1 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4096].

• *Progresividad*: Vinculado a la posibilidad de que los sancionados a privación de libertad puedan acceder a condiciones menos restrictivas de reclusión, en correspondencia con el tiempo cumplido de la sanción y la conducta mantenida.

En ese sentido, los principios de proporcionalidad, compatibilidad y reducción del aislamiento social, y el de progresividad, responden tam-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

bién a otros estándares jurídicos consagrados en tratados internacionales, como son las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos (1955) (Instrumentos…, s.p.) y que están encaminados a procurar el desarrollo y la evolución positiva de la persona privada de libertad; la comprensión, por su parte, de la falta cometida y los daños producidos; y, en consecuencia, la necesidad de enmienda de su conducta; mientras que en el Artículo 89 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2590] aparece maximizado el principio de progresividad, con instrucciones relativas a la clasificación y graduación de los reclusos.

VI. INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 8 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 72], la LEP desarrolla y, en lo pertinente, integra a su contenido los aspectos esenciales de los estándares contenidos, entre otros, en los siguientes tratados internacionales, que se vinculan directa e indirectamente con el proceso de ejecución de las sanciones y medidas de seguridad en materia penal:

a) Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1955) (Instrumentos…, s.p.), adoptadas por el I Congreso de la ONU sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por ECOSOC en sus Resoluciones 663C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977.

b) Reglas mínimas de la ONU sobre las sanciones no privativas de libertad (Reglas de Tokio) (1990) (Instrumentos…, s.p.), adoptadas por la Resolución 45/110 de la AG-ONU, en la 68.ª sesión plenaria, de 14 de diciembre de 1990.

c) Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (1990) (Instrumentos…, s.p.), adoptados por la Resolución 45/111 de la AG-ONU en la 68.ª sesión plenaria.

d) Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (1984) (Instrumentos…, s.p.), adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la AG-ONU en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

e) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) (Instrumentos…, s.p.).

f) Reglas mínimas de la ONU para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes. (2010) (Instrumentos…, s.p.).

g) Directrices para el tratamiento de mujeres condenadas a penas privativas de libertad, no privativas de libertad y medidas para mujeres delincuentes (s.f.) (Instrumentos…, s.p.).

h) Reglas de la ONU para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por Resolución 45/113 de la AG-ONU en la 68.ª sesión plenaria (1990) (Instrumentos…, s.p.).

i) Declaración universal de derechos humanos, adoptada y proclamada por la AG-ONU en su Resolución 217 A (III), (1948) (Instrumentos…, s.p.).

j) Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AG-ONU en su resolución 2200 A (XXI) (1966) (Instrumentos…, s.p.).

k) Convención internacional sobre los derechos del niño (1989) (Instrumentos…, s.p.).

l) Convención internacional sobre los derechos de las personas discapacitadas (2008) (Instrumentos…, s.p.); y

m) Convenio 29, de 28 de junio de 1930, de la OIT, sobre el trabajo forzoso u obligatorio, con sus protocolos adicionales. (1930) (Instrumentos…, s.p.).

VII. LA APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO

La importancia práctica de la aplicación de la LEP en el tiempo, también obliga a que se aborde esta cuestión de manera puntual, porque sobre este aspecto pende el interrogante de su efecto retroactivo, o no, a los sancionados o asegurados, bajo la regencia de otras normas jurídicas sustantivas y procesales que fueron derogadas expresa o tácitamente por aquella.

En la literatura técnica consultada respecto a este asunto, es una constante la cita a Roxin (s.f., pp. 51-60), quien argumenta que la prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político-jurídica, con el objetivo de evitar que el legislador caiga en la tentación de introducir o agravar, con posterioridad al hecho delictivo, las previsiones

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

de la pena bajo la impresión de eventos particularmente escandalosos, o para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables; a ese efecto, plantea que el antídoto ideal, como exigencia irrenunciable de un Estado de derecho, es la prohibición de retroactividad de la norma jurídica penal, impidiendo que se promulguen leyes a la medida del caso concreto, inadecuadas por demás debido a que son consecuencia de las emociones del momento. No obstante, asegura que siempre resultará admisible la retroactividad de las leyes penales en beneficio del reo, lo que incluso es obligatorio, a similitud con la analogía favorable a esta persona.

El mencionado interrogante se pretende maximizar sobre la base incorrecta de que esta fase del proceso penal carecía de un marco jurídico regulatorio precedente, lo que es irreal porque la LPP y el CP recién derogados por las leyes No. 143 [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], y 151, [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], respectivamente, así como determinadas normas legales complementarias, entre las cuales se cuentan los Procedimientos internos del sistema penitenciario y otras disposiciones del CG-TSP y de la FGR, contenían las principales preceptivas que marcaban la legalidad en la materia, aunque en verdad se trataba de un entramado jurídico positivo complejo por su carácter difuso, cambiante de acuerdo con las circunstancias sociales y la política penal del Estado, y muchas veces marcado por una naturaleza de índole administrativa, sobre todo en lo referente al sistema penitenciario.

En su esfuerzo por suprimir esta situación, la LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738] contiene un elevado conjunto de preceptos que benefician a estas personas, y su acogida para favorecerlos es indiscutible; pero también recoge regulaciones que las afectan, entre las que se pueden citar, por ejemplo, los nuevos elementos a tomar en consideración para conceder determinados beneficios, resaltando específicamente el relativo al cumplimiento satisfactorio de la responsabilidad civil para poder acceder a la excarcelación anticipada, o el del tiempo mínimo de cumplimiento de la sanción alternativa de trabajo correccional con internamiento para poder disfrutar de libertad condicional, en lugar de la suspensión que preveía el CP derogado, beneficio este último que se podía solicitar en cualquier momento de su ejecución.

A diferencia de la manera expresa en que se plasman los principios de legalidad y proporcionalidad en el Artículo 3 de la Ley No. 151 [GOR-O (93), 2022, p. 4096], esta otra norma jurídica en comentario no lo hace,

por lo que, ante la real confrontación de criterios acerca de su posible aplicación retroactiva, o no, la toma de posición debe partir del texto del Artículo 100 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 88], el cual dispone que, en el ordenamiento jurídico nacional, rige el principio de irretroactividad de las leyes, salvo en materia penal cuando sean favorables a la persona encausada o sancionada, y en las demás leyes, cuando así lo dispongan expresamente, atendiendo a razones de interés social o utilidad pública.

O sea, una interpretación literal del precepto constitucional impulsa a estimar que los sancionados y asegurados con anterioridad al 29 de noviembre de 2022 pueden ser objeto de aplicación de esta norma jurídica de índole penal, en tanto resulten beneficiados o, cuando más, siempre que no signifique un perjuicio para sus personas; y esta sería la regla a seguir, mientras que la excepción recala en el hecho de su imposible aplicación cuando su impacto en los derechos, beneficios y garantías del sancionado sea negativo.

Pero esta conclusión no queda clara ni es tan pacífica como aparenta ser, si se pasan por alto los interrogantes relacionados con:

- El carácter de la propia LEP.
- La naturaleza jurídico-legal de los derechos y beneficios que esta ley les reconoce a los sancionados; y
- Las variantes de aplicación temporal de la norma jurídica de ejecución penal.

En cuanto al primero de estos aspectos, es inevitable determinar si la LEP es de carácter sustantivo o procesal, ya que la dogmática, en principio y con matices específicos, admite la retroactividad de estas últimas, sobre la base de que la historia y el tenor literal de los principios de legalidad y proporcionalidad se circunscriben a las acciones punibles y a las sanciones que deben ser impuestas en esos casos, pero no protegen la confianza en que haya lagunas en el ordenamiento procesal, a lo que el profesor Roxin (s.f.) añade el argumento de que el Derecho procesal se ocupa de regular el establecimiento de los hechos punibles y el procedimiento a seguir para la imposición del derecho del Estado a penalizar determinadas conductas (pp. 55-58).

Pero tampoco puede ser obviado que, en el Derecho procesal, rige el principio de preclusión para impedir la prolongación indefinida del caso con constantes retrocesos y progresos, elemento que matiza la posibilidad de aplicar retroactivamente la reciente ley adjetiva, de una forma

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

peculiar, o sea, poniendo a salvo los actos realizados con arreglo a las regulaciones de la norma derogada, en aquellos asuntos que estaban en tramitación al tiempo de entrar en vigor la nueva, cuyos preceptos regirán para cumplir los actos pendientes de realizar en dichos procesos, conforme a la posición que asumió el legislador cubano, con buen tino y mediante la disposición transitoria primera de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4250].

Según el mencionado autor alemán (como se citó en Caro, 2014):

> [...] a diferencia del cometido del Derecho procesal penal, el de ejecución penal en sentido amplio, contiene las disposiciones legales fundamentales sobre el cumplimiento de las sanciones, medidas de seguridad y otras obligaciones dispuestas en determinadas resoluciones firmes; por lo que no es casual que los derechos y beneficios de las personas afectadas no aparezcan expresamente en las normas jurídicas adjetivas, sino en las sustantivas. (p. 10)

Esta idea se ejemplifica con el Artículo 821 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4244], el cual establece que las sanciones principales y accesorias y las medidas de seguridad se ejecutan de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y las demás disposiciones complementarias, de manera que remite al operador a otro subsistema jurídico, que sería en este caso el que se comenta, aun cuando también contiene determinadas regulaciones procesales sobre sanciones específicas y pronunciamientos de la resolución firme de que se trata, precepto adjetivo que el legislador cubano concordó después con la Ley No. 151 [GOR-O (93), 2022], en cuya disposición especial segunda (p. 2691) estableció que la LEP y su reglamento determinan las formas de ejecución de las sanciones y medidas de seguridad previstas en él, así como los derechos y garantías de los sancionados y asegurados durante su cumplimiento.

Por ende, la posición que asume el autor es la de concederle a la LEP [GOR-O (94), 2022] y sus disposiciones legales complementarias, un carácter o naturaleza peculiar, particularmente diferente al de tipo procesal, ubicándola así en la esfera del Derecho material, de lo que se deduce que pueda ser objeto de aplicación retroactiva en aquellos casos de sancionados o asegurados posdelictivos a los que beneficie de alguna manera, sobre la base del principio de proporcionalidad que rige en la materia, en tanto deviene inconstitucional que sea apli-

cable en aquellos otros en los que disminuye o afecta negativamente los derechos y beneficios de las personas sancionadas y aseguradas con anterioridad a su entrada en vigor.

Otro punto objeto de discordia teórica, en lo relacionado con la naturaleza de dicha ley en examen, se vincula con el sistema de derechos y beneficios de los sancionados; y, en este caso, lo primero que se debe plantear es que son dos elementos de derecho material que se conciben separados en los artículos 102 y 103 de la LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2716-2718], a lo que se agrega que, en el texto de la propia norma jurídica, también se establecen como beneficios, los concernientes a cualquiera de las formas de excarcelación anticipada previstas como incidentes en la ejecución de sanciones privativas de libertad, en tanto el derecho reconocido recae en la evaluación para que se le conceda el beneficio de que se trate, o no, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 102 v) (p. 2717), lo que debe ser aclarado para sortear las confusiones que se constatan entre los operadores del sistema de ejecución penal y otros destinatarios de la ley, quienes constantemente exigen, en calidad de derechos, beneficios instrumentados por el legislador en el concepto de incentivos que coadyuvan a la reinserción social del sancionado, que puede lograr su excarcelación con un adecuado comportamiento dentro del sistema penitenciario.

Incluso, esta ley confirma que dichos derechos y beneficios tienen una naturaleza material porque pueden acarrear efectos que son atribuibles solo al derecho sustantivo, entre los que se resalta el acortamiento o reducción temporal de la sanción, a través de:

- Las rebajas de tiempo reguladas en su Artículo 103.1 a) y b) (p. 2717), las que constituyen minoraciones que se computan al cumplimiento de la pena impuesta y son irrevocables, según su Artículo 104 (p. 2718).

- Mediante el cumplimiento anticipado de las sanciones principales de reclusión domiciliaria, trabajo correccional sin internamiento, servicio en beneficio de la comunidad y limitación de libertad, que se permite por el tenor del Artículo 36.1 (p. 2708).

Ahora, el discurso precedente no zanja la polémica general acerca de la aplicación en el tiempo de la LEP recién entrada en vigor, habida cuenta de que la doctrina estudiada, para la concesión de los beneficios que pueden ser obtenidos por los sancionados, plantea las variantes siguientes:

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

La primera, que *la norma legal aplicable sería la que está vigente al momento de ganar firmeza la sentencia condenatoria firme*, pero la propia doctrina la rechaza bajo el argumento real y razonable de que los derechos y beneficios del sancionado no pueden estar supeditados a un factor aleatorio, como lo es el tiempo de tramitación y resolución firme y ejecutable del proceso penal, elemento temporal que no está controlado por él, a pesar de que existan fórmulas procesales que le conceden la posibilidad de reducirlo, entre las que se halla la conformidad que establecen los artículos 464.3, 488, 489, 490, 491 y 584.1 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4180, 4184 y 4203], o si no ejerce su derecho de recurrir la sentencia sancionadora.

Por otro lado, a esta variante también se le objeta que la firmeza de la sentencia condenatoria es el punto que marca la oportunidad en que queda finiquitado el principio constitucional de presunción de inocencia del acusado y el momento exacto en el que el Derecho procesal cumple su objetivo de concretar la consecuencia penal prevista para el hecho delictivo, o sea, la sanción, sin que al ahora sancionado se le puedan etiquetar consecuencias adicionales que lo perjudiquen debido a la mayor o menor duración temporal del proceso de condena.

La segunda variante opta por acudir a *la ley de ejecución vigente al momento en que el sancionado solicita cualquiera de los beneficios que la misma autoriza*, posición que es seriamente rechazada, ya que parte de estimar que aquellos están regulados en normas procesales penales en las que opera el principio de que los actos se rigen por el tiempo en el que se realizan, lo que traería como consecuencia que la ley aplicable debiera ser aquella que esté vigente cuando se materializa el acto procesal de solicitar alguno de estos beneficios, postura que carece de fundamento porque, como ya se explicó, los beneficios se rigen por estrictos criterios de prevención especial, cuya regulación recae en el Derecho penal material, que también tiene sus límites en el derecho fundamental del sancionado a llevar una vida en libertad o sin restricciones ambulatorias.

La tercera variante establece que *la ley de ejecución vigente en el momento de la comisión del delito es la aplicable para la concesión del beneficio al sancionado, salvo que la nueva norma jurídica requiera su aplicación retroactiva porque lo favorece*. Es la que se acepta mayoritariamente, y se toma partido por ella en el presente trabajo, sobre la base de los siguientes fundamentos que exponen renombrados académicos, como Jiménez de Asúa, Zaffaroni, Velázquez y Caro (2014, pp. 14-29).

• El Estado está impedido de imponer al sancionado mayores restricciones y obligaciones que las que estaban establecidas legalmente en el tiempo en que fue cometido el delito, ni su condición se puede hacer más grave que la que determinaba la norma jurídica en la que se fundamentó la sentencia condenatoria; por ende, los nuevos preceptos que modifican la manera de ejecutar las sanciones tendrán efecto retroactivo cuando favorezcan al sancionado, o cuando no lo agraven.

• Si la LEP se traduce en una limitación de derechos, no puede quedar fuera de la legalidad, en cuyo caso el principio *nula pena sine lege* abarca a esta otra norma penal ejecutiva porque nadie puede dudar que una disposición jurídica que admite egresos anticipados es más benigna que otra que no los acepta, lo que da sitio al ejercicio de un poder punitivo de menor intensidad, que forma parte de la conminación que debe preceder al delito y que era la única de la que el agente tenía noticia en ese instante, todo lo que se erige en la esencia de la razón de ser del principio de legalidad.

• Cuando se hace referencia a la ley, se incluyen las normas de ejecución, tanto las principales o de mayor jerarquía, como las complementarias, porque ellas forman parte del sistema integral y único del Derecho penal positivo.

• El estado actual del Derecho penal obliga a sostener e interpretar que la CRC, las normas sobre esta materia y los diferentes tratados internacionales que versan acerca de los derechos humanos y el tratamiento resocializador, o de reinserción social, que debe recibir el sancionado, están a favor de la aplicación de la LEP vigente al momento de ser cometido el delito, y la aplicación retroactiva benigna de la nueva ley solo opera cuando sea favorable a esa persona.

VIII. SITUACIÓN DE LAS PERSONAS SUJETAS A MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL CONTEXTO ACTUAL

La cuestión relacionada con la aplicación en el tiempo de las nuevas leyes penales materiales, que incluyen la de ejecución de sanciones y medidas de seguridad, genera dos situaciones, cuya respuesta en la dogmática no ha sido pacífica:

• La legitimidad de la retroactividad desfavorable, ya que puede darse el caso de que la nueva ley determina la imposición de una medida de

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

seguridad más gravosa que la prevista en el momento de la conducta reveladora de su peligrosidad, o si puede imponerse una medida de seguridad a partir de un hecho delictivo que no lo era en el instante de su comisión.

• La posible aplicación retroactiva favorable a quienes ya estaban asegurados cuando una ley penal material deroga a aquella que se tuvo en cuenta para imponerla (Lascuráin, 2017, pp. 379-381).

La primera situación no incumbe al objeto de este trabajo, que se concentra en la fase ejecutiva y su marco legal; no obstante, en este punto, es necesario señalar que el texto del Artículo 2.2 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2558] aparenta que, al legislador cubano, le fue indiferente si esta nueva norma jurídica es favorable al pretenso asegurado, o no.

En ese sentido, como precedentes más próximos, se halla la Ley No. 21 [GOR-O (3), 1979, pp. 47-105], primer CP dictado después del triunfo revolucionario, que en su Artículo 3.5 estableció que, en cuanto a la aplicación de las medidas de seguridad, se estaría a la ley en vigor en el momento en que el tribunal dictó la resolución, de suerte que no importaba si la nueva norma jurídica beneficiaba a esta persona, mientras que la posterior Ley No. 62 [GOR-EES (3), 1987, pp. 51-97], mantuvo ese mismo criterio.

A primera vista, tal parece que el citado precepto del CPE asumió la misma posición que las anteriores normas jurídicas; no obstante, existe una sutil diferencia, que consiste en que ahora se empleó el verbo *impone*, mientras que antes decía *aplica*. La primera palabra está relacionada únicamente con la determinación judicial de cuál medida de seguridad se decide en el caso concreto, mientras que la otra incluye tanto esto como su ejecución, por lo que, de haber sido sostenida en la nueva norma penal sustantiva, implica que las personas sujetas a medidas de seguridad predelictivas continúen en ese estado de aseguramiento, con independencia de cumplirse el reclamo general de su extirpación definitiva del sistema legal penal cubano, sobre la base teórico-normativa del abandono del principio de la peligrosidad social, cuyo lugar fue asumido por el de lesividad social, ofensividad o especial protección de bienes jurídicos que refrendó el Artículo 1.3 de la Ley No. 151 de 2022 [GOR-O (93), 2022, p. 2558], entrañando ello que se sustituyera el denominado derecho penal de autor por el de hecho.

Esta diferencia imperceptible, unida a otros argumentos que se explicarán, permitió que el legislador cambiara el estado de cosas, en lo

atinente a la segunda situación esbozada al comienzo del acápite, o sea, cuando se trata de las personas que, en el momento de entrar en vigor el CPE y la LEP cumplían, o todavía cumplen, medidas de seguridad impuestas durante la vigencia de la Ley No. 62 [GOR-EES (3), 1987, pp. 51-97].

Respecto a ello, una interpretación literal del Artículo 100 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 88] podría conducir a estimar que el legislador constituyente cubano obvió a los asegurados, cuando incluye en el precepto solo a las personas encausadas o sancionadas que pudieran ser beneficiadas con la nueva norma jurídico-penal. Más, apelando a la justicia y la racionalidad, una interpretación extensiva de dicho artículo lleva a reconocer que el beneficio de la benignidad de la LEP [GOR-O (94), 2022] toca a las personas que fueron aseguradas de modo pre y posdelictivo, bajo el imperio de la derogada Ley No. 62 [GOR-EES (3), 1987, pp. 51-97].

Además, la reforma del sistema legal penal que sobrevino al nuevo marco constitucional cubano gestado en 2019 contiene un sustancial cambio de perspectiva del legislador patrio, en lo atinente a las medidas de seguridad y la posible aplicación retroactiva de la ley penal material más benigna a aquellas personas ya aseguradas bajo el imperio de la anterior ley, lo que está fundamentado en la citada interpretación extensiva del Artículo 100 de la carta magna [GOR-E (5), 2019, p. 88] y en las argumentaciones que ofrece la doctrina actual sobre el tema, entre las que son relevantes las que ofrece Roxin (s.f.), cuando asevera que:

> [...] las medidas de seguridad también cumplen una finalidad preventiva, por lo que resulta injustificado político criminalmente [*sic*] que reciban un trato diferente al conferido a las sanciones, a la par que sería totalmente incongruente que el legislador pueda hacer que una intromisión penal retroactiva prohibida, resulte admisible transformándola, con un cambio de etiqueta, en una medida de seguridad. (pp. 53 y 54)

El mencionado cambio de perspectiva del legislador se resume en el Artículo 3.4 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2559], sin que hasta el presente haya sido atisbado en su real dimensión por los operadores del sistema, a pesar de que significa una postura trascendental y radicalmente diferente a la asumida por las normas jurídico-penales precedentes, toda vez que regula que, si se trata de medidas de seguridad posdelictivas,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

cuando la nueva ley favorezca a la persona ya asegurada, será de aplicación analógica el proceder establecido en sus apartados 2 y 3 (p. 2558) que disponen que:

• Si, de acuerdo con dicha ley sustantiva, el hecho sancionado en una sentencia pronunciada con anterioridad a su vigencia deja de ser delito, la sanción impuesta y sus demás efectos se extinguen de pleno derecho.

• Si con posterioridad a la firmeza de la sentencia, esta ley resulta más favorable para el sancionado, el tribunal sustituye la sanción impuesta por la que corresponda de acuerdo con la nueva, partiendo del hecho declarado probado en aquella resolución.

Estas regulaciones, llevadas al caso concreto de las medidas de seguridad, trajeron como primera consecuencia que los estados peligrosos y las medidas de seguridad predelictivas desaparecieran del espectro legislativo nacional, y todas las personas que estaban aseguradas bajo estas variantes dejaron de estarlo, a partir del 29 de noviembre de 2022, día en el que entró en vigor el CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], instante ese en el que, según el mencionado profesor alemán (Roxin, s.f.), se produce la curiosa situación de estimar que fueron beneficiadas con esa nueva norma jurídico-penal, cuando en realidad no existe en lo absoluto ley aplicable (p. 60).

Para viabilizar el cumplimiento de lo preceptuado en el Artículo 3.4 de la mencionada norma legal [GOR-O (93), 2022, p-2559], el CG-TSP emitió su Instrucción No. 274 [GOR-E (73), 2022, pp. 1180-1186], que estableció en su primer apartado que la aplicación retroactiva de la nueva ley penal en vigor, en los casos de asegurados por medidas de seguridad predelictivas, se puede disponer de oficio por los tribunales o por solicitud del fiscal, el juez de ejecución que controlaba el cumplimiento de la medida de seguridad, el asegurado, sus familiares o defensor designado; y que se sigue el procedimiento establecido en los artículos 814 y 815 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4243], en los cuales correspondía disponer la inmediata libertad de los asegurados, tan solo por ese asunto, al haber dejado de existir en la nueva ley penal ese tipo de medida de seguridad.

La segunda consecuencia que arrostró el precepto tuvo que ver con el cambio de perspectiva que tuvo el legislador, respecto a la novedosa concepción sobre las medidas de seguridad posdelictivas de tipo terapéutico y la de apoyo, consistente en la sujeción a

la vigilancia de los órganos de la Policía Nacional Revolucionaria, de acuerdo con lo regulado en los artículos del 106 al 111 del Título X, Parte general, de la citada Ley No. 151 de 2022 [GOR-O (93), 2022, pp. 2597-2599], regulaciones legales a las que se unieron las de los artículos 85 al 88 y 166 de la Ley No. 152 de 2022 [GOR-O (94), 2022, p. 2714]. Por ende, en la citada Instrucción No. 274, también abordó esta cuestión: en su décimo cuarto apartado, dispuso que, a las personas aseguradas posdelictivamente de la manera establecida en el CP derogado, de oficio o a instancia de las personas mencionadas en la ley procesal penal, se les aplican las disposiciones de la nueva ley penal sustantiva en vigor en todos los casos que lo requieran.

Ambas situaciones, o sea, la identificación y solución de los casos concretos que requerían el tratamiento de aplicar la nueva ley más favorable al asegurado pre y posdelictivo, fueron solventadas oportunamente, a través de un trabajo coordinado desde agosto de 2022, entre las salas de lo penal que eran competentes para conocer y resolver dichos incidentes, las estructuras de control de la legalidad de la FGR y las direcciones nacional y provinciales del sistema penitenciario, con lo que se cumplió la recomendación de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos, de la ANPP, cuya expresión concreta aparece en la disposición especial cuarta del nuevo Código penal [GOR-O (93), 2022, p. 2691], la cual establece que el TSP, la FGR y el MININT deberían adoptar las medidas necesarias para la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal, contenido en el Artículo 100 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 88].

IX. CONCLUSIONES

La Ley No. 152, de 15 de mayo de 2022, LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738], en tanto forma parte del *sistema jurídico-penal,* es coherente con los principios básicos reconocidos en la ley procesal penal [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251] y el CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] que rigen en el país, y a la actual y perspectiva realidad económica, social y penitenciaria. No obstante, al margen de sus virtudes, se aprecia que su texto no mantiene un orden lógico de cada uno de los elementos temáticos que desarrolla, y por esa causa se propone que este defecto sea enmendado *lege ferenda*, estructurándola de la forma en que se conformó su reglamento, en el cual sí fue seguida esa sistemática y coherencia interna.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Una caracterización general de esa disposición jurídica conduce a plantear que:

• Se ciñe a la sistemática seguida en el CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], que identifica taxativamente y en un orden descendente de rigor las sanciones principales y accesorias (que pueden erigirse en mixtas, a su vez), distinguiendo las aplicables a las personas naturales de las que se pueden imponer a las personas jurídicas.

• Transparenta las regulaciones sobre el funcionamiento del sistema penitenciario, las atribuciones y facultades de sus autoridades; y satisface los requerimientos básicos y esenciales, destinados a garantizar los derechos de las personas privadas de libertad y el cumplimiento de las normativas que rigen su tratamiento en los establecimientos penitenciarios.

• Perfecciona el proceso de control, atención e influencia de los sancionados, asegurados posdelictivos y de los sobreseídos condicionadamente.

• La LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738] se extiende a todo el universo de sanciones principales y accesorias aplicables a las personas naturales y jurídicas, las medidas de seguridad posdelictivas, la cautelar de prisión provisional, el control de la remisión condicional de la sanción y el sobreseimiento condicionado.

• Identifica el conjunto de principios que rigen en el proceso de ejecución penal, y, en lo pertinente, desarrolla e integra a su contenido los aspectos esenciales de los estándares contenidos en, al menos, 13 tratados internacionales.

• La LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738] contiene un elevado conjunto de preceptos que benefician a los sancionados o asegurados, y su acogida para favorecerlos es indiscutible; no obstante, establece regulaciones que las afectan negativamente, como son algunos de los elementos a tomar en consideración para conceder determinados beneficios.

• La regla derivada de una interpretación literal del Artículo 100 de la CRC, de 2019 [GOR-E (5), 2019, p. 88] conduce a aplicar esta ley, cuando beneficie a los sancionados y asegurados con anterioridad al 29 de noviembre de 2022, o siempre que no signifique un perjuicio para sus personas; la excepción recala en el hecho de su imposible aplicación

cuando su impacto en los derechos, beneficios y garantías del sancionado sea negativos.

• El fundamento de la anterior conclusión se concentra en el hecho de que la LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738] tiene un carácter o naturaleza peculiar, que la ubica en la esfera del Derecho material, por lo que es factible su aplicación retroactiva benigna, sustentada en el principio de proporcionalidad que rige en la materia, de lo cual deriva que será inconstitucional que se aplique en aquellos otros en los que disminuye o afecta negativamente los derechos y beneficios de las personas sancionadas y aseguradas con anterioridad a su entrada en vigor.

• En cuanto a la aplicación de la norma jurídica de ejecución penal en el tiempo para la concesión de los beneficios al sancionado o asegurado, la posición dominante, con la que toma partido el autor, estima que siempre sería la vigente en el momento de la comisión del delito, salvo que la nueva norma jurídica requiera aplicarla de manera retroactiva benigna porque lo favorece.

X. REFERENCIAS

Acuerdo del Consejo de Estado, Metodología para la elaboración de las disposiciones jurídicas. (Diciembre 5, 2018). GOR-E (76), 1335-1349.

Caro Coria, D. C. (2014). Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado. https://repxos.tsp.gob.cu/jspui/

Casasús, J. E. (1941). *Código de defensa social y Derecho penal complementario* (t. 2). Cultural S.L.

Código de defensa social. Decreto Ley No. 802. (Abril 11, 1936). GOR-E (108).

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 163. (Diciembre 14, 2000). En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, *2001*, 40-45.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 163-BIS. (Abril 24, 2002). En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, *2001*, 21-26.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 201. (Noviembre 22, 2012). GOR-O (54), 1780-1794.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 219. (Febrero 5, 2013). (Disponible en los archivos del Tribunal Supremo Popular).

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 223. (Septiembre 19, 2013) GOR-E (25), 193-197.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 234. (Julio 13, 2016). En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, *2001*, 13-24.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 274. (Noviembre 21, 2022). GOR-E (73), 1180-1186.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (1984). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Convención internacional sobre los derechos del niño. (1979). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Convención internacional sobre los derechos de las personas discapacitadas. (2008). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1979). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Convenio 29, de 28 de junio de 1930, de la OIT, sobre el trabajo forzoso u obligatorio. (1930). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Declaración universal de derechos humanos. (1979). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Decreto-Ley No. 302, Modificativo de la Ley de migración 1312. (Octubre 11, 2012). AGNUR. https://www.refworld.org.es/docid/57f76bbb29.html

Decreto-Ley No. 74, Reglamento de la Ley No. 152, De ejecución penal. (Octubre 9, 2023). GOR-O (95), 2501-2576.

Decreto No. 326, Reglamento del Código de trabajo. (Diciembre 20, 2013). GOR-E (29), 483-523.

Decreto No. 844. (Marzo 19, 1940). GOR, 7329.

Decreto No. 991. (Abril 18, 1940). GOR, 8420.

Decreto presidencial No. 2103. (Octubre 18, 1938). GOR, 6306.

Directrices para el tratamiento de mujeres condenadas a penas privativas de libertad, no privativas de libertad y medidas para mujeres delincuentes. (s.f.). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Lascuráin, J. A. (Julio, 2017). Retroactividad e irretroactividad de la ley penal. Comentarios. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (31).

Ley de enjuiciamiento criminal. (Septiembre 14, 1882). Anotada y concordada por el doctor Eloy G. Meriño Brito. (1967). Editora Universitaria.

Ley No. 1251, Ley de procedimiento penal. (Junio 25, 1973). *Publicación de legislaciones, II*. MINJUS.

Ley de procedimiento penal actualizada. (2003). MINJUS.

Ley No. 6, Procesal penal militar. (Agosto 8, 1977). *Publicación de legislaciones, IX*. MINJUS

Ley No. 21, Código penal. (Marzo 1.º, 1979). GOR-O (3), 47-105.

Ley No. 22, Ley de los delitos militares. (Febrero 15, 1979). GOR-O (6), 111-119.

Ley No. 62, Código penal. (Diciembre 30, 1987). GOR-EES (3), 51-97.

Ley No. 140, De los tribunales de justicia. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (137), 3929-3975.

Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

Ley 147, Del proceso penal militar. (Febrero 1.º, 2022). GOR-E (12), 575-715.

Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Ley No. 152, Ley de ejecución penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (94), 2697-2738.

Ley No. 160, Ley de la Fiscalía General de la República. (Diciembre 14, 2022). GOR-O (5), 87-113.

Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución. (2021). Actualizado en el VIII Congreso del Partido Comunista de Cuba. https://siteal.iiep.unesco.org/bdnp/3710/lineamientos-politica-economica-social-partido-revolucion-periodo-2021-2026-resolucion-8vo

Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966. (1979). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. (1990). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Quinta Arango, Y. (Junio de 2023). *Control judicial sobre las penas privativas de libertad en Cuba* [tesis de maestría, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana].

Reglas de la ONU para la protección de los menores privados de libertad. (1990). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos. (1955). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Reglas mínimas de la ONU sobre las sanciones no privativas de libertad (Reglas de Tokio). (1990). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Reglas mínimas de la ONU para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes. (2010). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. https://www.hchr.org

Rivero García, D. (2014). *Estudios sobre el proceso penal*. ONBC.

Roxin, C. (s.f.). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (Trad. de la 2.ª ed. alemana y notas por Luzón Peña, D. M., Díaz y García-Conlledo, M. y Vicente Remensal, J. de). Civitas.

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Julio 13, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCESO PENAL

THE EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Esp. Félix Antonio Casas Zayas
Magistrado, Sala de lo Militar, Tribunal Supremo Popular, Cuba
Código ORCID: 0009-0005-5595-9635
felix@tsp.gob.cu

Resumen

El Derecho a la tutela judicial efectiva es un producto histórico del desarrollo de la sociedad y de la conciencia jurídica; su reconocimiento en la norma suprema situó al hombre en un escalón superior de respeto a su dignidad y, a la vez, generó un cambio en sus condiciones de vida y relaciones sociales. En el presente trabajo se exploran aspectos conceptuales de esta institución que, de forma novedosa, previó el derecho de las personas a acceder a los órganos judiciales, para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, y responsabilizó al Estado en crear el escenario adecuado y establecer un cauce procesal en aras de resolver el conflicto en igualdad de condiciones, lo que impone nuevos retos para la impartición de justicia y, en particular, en el ámbito penal, por el impacto de las nuevas exigencias en la actuación profesional y el comportamiento ético de los jueces, que requiere acometer acciones para fortalecer su desempeño como ente decisorio, garante de la sociedad, la seguridad jurídica y la plena realización de la personalidad humana.

Palabras clave: Acceso a la justicia; tutela judicial efectiva; proceso penal.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Abstract

The right to effective judicial protection is a historical product of the development of society and legal awareness; its recognition in the supreme law placed man on a higher level of respect for his dignity and, at the same time, generated a change in his living conditions and social relations, This paper explores conceptual aspects of this institution which, in a novel way, foresaw the right of individuals to access judicial bodies, to obtain judicial review of their rights and legitimate interests, and made the State responsible for creating the appropriate scenario and establishing a procedural channel in order to resolve the conflict on an equal footing. This imposes new challenges for the administration of justice, particularly in the criminal sphere, due to the impact of new demands on the professional performance and ethical behavior of judges, which requires actions to strengthen their performance as decision-makers, guarantors of society, legal security and the full realization of the human personality.

Keywords: *Access to justice; effective judicial protection; criminal process.*

Sumario

I. Introducción; II. Acercamiento a una definición; 2.1. Distinción entre tutela judicial efectiva y debido proceso; 2.2. Tutela judicial efectiva y derecho de acción; III. Necesidad social; 3.1. Derecho al recurso; 3.2. Responsabilidad del juez o magistrado; IV. Conclusiones y V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Los elementos que componen el derecho a la TJE, desde el punto de vista axiológico jurídico, transitan por una mirada diferente en el nuevo contexto judicial del país, a raíz de la promulgación de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116], y las leyes orgánicas y procesales penales: LTJ [GOR-O (137), 2021, pp. 3929-3975; LTM [GOR-E (11), 2022, pp. 541-574]; LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251] y LPRPM [GOR-E (12), 2022, pp. 575-715].

El Derecho recogido en la Carta Magna coloca al hombre en un escalón superior de respeto a su dignidad y, a la vez, genera un cambio

en sus condiciones de vida y relaciones sociales, al permitir el acceso a los órganos judiciales, para obtener la TJE de sus derechos e intereses legítimos [GOR-E (5), 2019, p. 86], responsabilidad por la que le corresponde al Estado crear el escenario adecuado y establecer un cauce procedimental, en aras de resolver el conflicto en igualdad de condiciones, como una necesidad social.

Tales prescripciones imponen nuevos retos para la impartición de justicia e impactan directamente en la actuación profesional y el comportamiento ético del juez como ente decisorio, garante de la sociedad y de un proceso justo y transparente, conducente a la seguridad jurídica y la plena realización de la personalidad humana.

Este tema resulta novedoso para la práctica judicial penal cubana y forma parte de los ejes estratégicos del país, dirigidos a fortalecer el sistema de justicia y la equidad social; la salvaguarda de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos, y el derecho de igualdad; el perfeccionamiento del sistema de normas jurídicas sustentado en la CRC, con vistas a asegurar los derechos ciudadanos, el acceso a los órganos que imparten la tutela judicial y el debido proceso, todos enfocados en consolidar la seguridad jurídica.

El análisis de la institución propuesta constituye una prioridad. La determinación de su contenido y esencia es crucial para asumirla como un mecanismo de protección de los derechos e intereses de las personas y reforzar la actuación responsable de los jueces, propósito al que se enrumba el presente trabajo.

II. ACERCAMIENTO A UNA DEFINICIÓN

La definición de la TJE es diversa. Su conformación ha sido el resultado de la evolución histórica de la humanidad, el surgimiento del Estado y el Derecho, la convivencia social del hombre en su relación con el Estado, y la comprensión de la necesidad del respeto a la dignidad humana. Parte de la doctrina ubica sus orígenes en el Artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, modificada por la reforma de 27 de agosto de 1992, en el que se dispone que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» [BOE (311), 2011, p. 7].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

En el Diccionario panhispánico del español jurídico (2023) se define como

> [el] derecho fundamental de contenido complejo que confiere a toda persona el poder jurídico de promover en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la actividad de los órganos jurisdiccionales que desemboque en una resolución fundada en derecho tras un procedimiento justo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas por las partes, y a que la resolución se cumpla. (s.p.)

La TJE se presenta como un concepto abierto y en constante evolución, que los órganos jurisdiccionales desarrollan, en correspondencia con la concepción del Estado de Derecho que inspira su concepción. Existe coincidencia en que su contenido abarca todo el proceso e incluye: el acceso a la justicia, el derecho a no sufrir indefensión, el proceso debido, el derecho al recurso y la efectividad de las resoluciones judiciales (González, 2001, p. 439; Barría, 1999, s.p.; Mendoza y Goite, 2020, p. 181; Carrasco, 2020, pp. 13-40 y Rojas, 2013, p. 1).

El autor concuerda con Perozo y Montaner (2007, p. 6), cuando señalan que la definición de la TJE presenta un conjunto de derechos que desde un enfoque sistémico conforman esta institución jurídica de carácter universal, y mencionan entre ellos: el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, al debido proceso, a una decisión ajustada a derecho, a recurrir la decisión y a ejecutarla.

En síntesis, este derecho engloba un conjunto de derechos esenciales: acceder a los órganos de justicia, que implica universalidad, gratuidad, igualdad y debido proceso; obtener una sentencia motivada y congruente; recurrir las resoluciones judiciales en la forma legalmente prevista; lograr la ejecución efectiva de la sentencia. La tutela empieza con el acceso a los órganos de justicia y concluye con una decisión fundada y materialmente ejecutable; implica el arribo a los tribunales y, también, la garantía de que los procesos judiciales sean justos, imparciales y respeten los derechos de las partes involucradas, al igual que la obligación de las autoridades judiciales de tomar decisiones que sean vinculantes y ejecutables.

La TJE es asimilada al derecho de acción, a la jurisdicción o al debido proceso; también puede ser vista como derecho humano o fundamental, derecho al recurso, derecho subjetivo público, autónomo y abstracto. Todos estos componentes constituyen partes del todo que es el derecho a la TJE; de ahí su naturaleza compleja. El derecho de acceder

a la jurisdicción requiere del Estado la prestación del servicio público por medio de la administración de justicia, lo que revela su carácter prestacional, y se concreta en los cauces procesales establecidos, que deben garantizarlo en cada una de sus etapas, en atención al valor de la seguridad jurídica.

El instituto en examen tiene, asimismo, un contenido material, que se manifiesta en el derecho a recibir una respuesta motivada y proporcional, la que puede acoger la pretensión del accionante, o no; el derecho o garantía no mira hacia el pronunciamiento favorable al sujeto que haya ejercido la acción, sino su razonabilidad. La TJE constituye la máxima garantía de los derechos e intereses de las personas en un Estado de Derecho.

2.1. Distinción entre tutela judicial efectiva y debido proceso

TJE y debido proceso son instituciones jurídicas con orígenes diferentes. Mientras la segunda cobra fuerza al fragor de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (*Conseil Constitutionnel*, s.f., pp. 1-3) y, posteriormente, con la aprobación de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de 1868 (p. 16); la primera puede contextualizarse en el advenimiento del *Estado Social de Derecho*, en el que el ente público es considerado como un sujeto más, en igualdad de condiciones que el justiciable, con expresión en el Artículo 19.4 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949 (Gies, 2019, p. 27), que reconoció el derecho de cualquier persona a recurrir a la vía judicial cuando sus derechos fueran vulnerados por el poder público, al tiempo que declaró que, de no existir otra jurisdicción competente para conocer tal asunto, la vía sería la de los tribunales ordinarios. Asimismo, en los artículos 101 y 103.1 previó el juez ordinario predeterminado por la ley y el derecho a la defensa, respectivamente (Gies, 2019, pp. 92-93).

El debido proceso es un componente de la TJE. Conforme lo señalan Mendoza y Goite (2020), esta última se configura como un «derecho matriz, del cual se deriva el concepto de debido proceso» (p. 183). Según Castillo-Córdova (2013), el Tribunal Constitucional de Perú ha sostenido que la TJE «supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia» (p. 5); mientras que el debido proceso «significa la observancia de los principios y re-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

glas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos» (p. 5).

El mismo autor, a partir de las declaraciones del supremo intérprete de la Constitución en su país, concluye que la tutela jurisdiccional y el debido proceso, como derechos fundamentales, se configuran en etapas distintas del procesamiento; la primera, en el inicio y fin de este, por medio del acceso a la justicia y la ejecución de la decisión; la segunda, en el desarrollo del procesamiento mismo (Castillo-Córdova, 2013, p. 5).

El análisis de los elementos que componen estas instituciones y su regulación normativa, permite coincidir con Rojas (2007), cuando expresa:

> El sector mayoritario de la doctrina española adopta la tesis de la distinción, señalando que el derecho de TJE es un derecho instrumental, que permite la defensa jurídica de todos los demás derechos mediante un proceso garantizado y decidido por un órgano jurisdiccional, en tanto que el debido proceso asegura a las personas la observancia de las reglas constitucionales procesales, cuyos objetivos son el respeto a los derechos fundamentales y la obtención de una sentencia ajustada a derecho. (p. 29)

La TJE y el debido proceso son derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, y representan el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos. Se trata, en definitiva, de que el debido proceso, en un Estado de Derecho al servicio de la justicia y la equidad social, sirve a la realización de la máxima aspiración de TJE de los derechos reconocidos como fundamentales.

2.2. Tutela judicial efectiva y derecho de acción

De acuerdo con Rodríguez (s.f.), la acción penal tiene un doble contenido: el procesal, que provoca la función jurisdiccional, y el material, que estriba en la pretensión punitiva que se trata de declarar y realizar mediante la sentencia (p. 2). Para González (2011):

> […] esa dualidad de la acción solo se explica si se separa claramente lo material de lo procesal […], en un plano sustancial, en el que el acaecimiento de la regla jurídica en la juridización del hecho, o mejor, de la *causalidad jurídica* da lugar, entre sus diversos efectos al derecho subjetivo material y al derecho

> público subjetivo, en cada caso de acción: material y procesal, respectivamente. (p. 30)

Se asume la idea de Carrasco (2001), en el sentido de que la concepción de la acción no alcanza para definir el contenido del derecho a la TJE, reconocido por la Constitución, ni este sustituye al concepto de acción en sentido procesal, ya que se trata de institutos diferentes: la TJE no es un mero derecho de acceso al proceso, porque no se agota en dicha faceta ni resulta incondicionado, sino que se ejerce de acuerdo con lo dispuesto en las leyes procesales, pero tampoco es un derecho a recibir una sentencia favorable —como apuntaría la acepción coloquial o sustantiva de tutela. Tal derecho, definido por el Tribunal Constitucional, es aquel que tienen las personas a recibir una respuesta razonable de los órganos judiciales, dependiendo de la fase del proceso o de la actuación a la que se aplique (p. 6).

Como expresa Díez-Picazo (1987):

> […] más allá del contenido de la acción en su dualidad material y procesal, y las garantías que genera, provisto de un debido proceso y de tutela judicial; el derecho a la TJE […] es el derecho de las personas a recibir una respuesta razonable cuando se sientan afectadas en sus derechos e intereses legítimos en un conflicto o en su solución previa, como un reconocimiento constitucional del derecho a la acción. (p. 7)

En fin, la posibilidad de acceder a los órganos judiciales, para activar la jurisdicción, condicionada en su doble aspecto material y procesal, ha llevado a la extensión del derecho de acción a una garantía sustentada en derecho legítimo, plenamente ejercitable durante todo el proceso y a recibir una respuesta razonable, en dependencia de la fase y la acción que se decida.

El derecho a la TJE está conformado por múltiples derechos autónomos e independientes que, al unificarse e integrarse, configuran el mandato de la norma suprema, en atención al cual se concede el derecho de acceder a la jurisdicción. Este, a su vez, requiere que el Estado preste el servicio público de impartir justicia, mediante los órganos jurisdiccionales, para la protección de los derechos e intereses de las personas —ejercitables en cualquier momento, en un cauce procesal prestablecido, de forma real y efectiva, en igualdad de condiciones—, y el derecho a la razonabilidad de la decisión, en dependencia de la fase y la acción que se decida.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

III. NECESIDAD SOCIAL

El Artículo 92 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 86] prevé que «el Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos [...]»; con ello, se abre paso la idea de que el Estado se somete al cauce del proceso prestablecido en igualdad de condiciones, como límite a su poder. De esta manera se ratifica que Cuba es un Estado socialista de derecho, de justicia y de equidad social, conforme recoge el Artículo 1 de la propia Carta Magna (p. 71).

La TJE debe obtenerse en el marco de un proceso y comprende la posibilidad de cualquier persona de llegar al sistema judicial, sin obstáculos para el ejercicio del derecho, libre de formalismos, al igual que la evitación del rechazo del asunto —traducida en la subsanación oportuna de los defectos procesales—, la tramitación del caso con las debidas garantías, la obtención de un pronunciamiento que solucione el conflicto y la efectividad en su cumplimiento.

Lo previsto en el Artículo 94 d) de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 87], con relación al acceso a un tribunal competente, independiente e imparcial, encuentra expresión en el control judicial de la medida cautelar de prisión provisional impuesta por el fiscal, el que puede instarse en caso de inconformidad con la resolución del fiscal que decide sobre el recurso de queja, al amparo del Artículo 345.1.2 de la LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 638]. Asimismo, se materializa en la restricción de los motivos por los cuales pueden ser devueltos los atestados —investigación incompleta o concurrencia de causas de nulidad—, y el deber de impulsar el conocimiento del asunto cuando las actuaciones estén completas, como imponen los artículos 561 y 562 del citado texto adjetivo (pp. 682-683), para los procesos por delitos sancionables hasta tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, y en sentido similar, los preceptos 445 y 449 (pp. 659-661), con relación al procedimiento ordinario —para el juzgamiento de delitos cuyo marco sancionador supera los tres años de privación de libertad.

Igualmente, el acceso a la jurisdicción y, con él, la TJE se manifiestan cuando la Fiscalía ejerce la acción penal directamente ante los órganos judiciales, en representación del Estado —Artículo 436 (p. 658)—; la víctima o el perjudicado se constituye como acusador particular —Artículo 134 h) (p. 601)—; se ejerce la acción penal por delitos perseguibles

solo a instancia de parte privada —Artículo 661 (p. 698)—; el tribunal militar de región, el territorial o la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo Popular dictan las resoluciones en los asuntos de su competencia; se interponen los recursos de apelación o casación —artículos 598 y 627.1 (pp. 688-689, 692-693)—; se promueve el procedimiento de *habeas corpus* —Artículo 692 (p. 703)—; se viabiliza la defensa técnica —Artículo 12 (p. 577); se favorece la conclusión del asunto en caso de conformidad —artículos 454.3, 478 y 479 (pp. 662, 666)—; se contempla, aunque excepcionalmente, la revisión —Artículo 676 (p. 700).

La actuación del órgano judicial desempeña un papel esencial, porque debe garantizar el acceso a los tribunales, lo que implica velar por la objetividad de la investigación, el cumplimiento de las formalidades del procedimiento y la coherencia de la acusación; el control de las decisiones fundamentales de la fase intermedia; la admisión o el rechazo de las pruebas propuestas por las partes; la disposición de pruebas de oficio. Para ello, se requiere el empleo de los recursos legales disponibles que permitan el manejo de las pruebas, el dominio de las técnicas para la solución de conflictos, la mínima intervención, el uso de las TIC para facilitar y viabilizar la comunicación y realización de determinados actos procesales, como citaciones, emplazamientos, notificaciones y comparecencias —artículos 63.3, 69.4 y 459.1 (pp. 586, 587, 662).

El derecho a acceder a los órganos judiciales supone velar por que todas las personas tengan igualdad de oportunidades, y que no existan barreras económicas, lingüísticas, culturales y discriminatorias, para la real y objetiva realización de la TJE; no se limita al acceso inicial y el recibimiento de una respuesta al final del proceso, sino que significa ser parte, en igualdad de condiciones y oportunidades; ejercer el derecho a la defensa, que permite el desarrollo del principio de contradicción; contar con las debidas garantías, en un proceso justo y transparente, libre de formalismos y poder lograr el cumplimiento efectivo de las decisiones —Artículo 122 (p. 598).

No se trata de un derecho absoluto, pues la denuncia o acusación debe cumplir un cauce procesal, acorde con las prescripciones de la ley, lo que presupone el cumplimiento de las formalidades del procedimiento, y el sustento en pruebas pertinentes y suficientes, obtenidas en igualdad de oportunidades —artículos 445.1, 448.1, 562.2, 669.1 b) (pp. 659-660, 683, 699). La pretensión queda satisfecha con la respuesta fundada en criterios sustantivos, dado que se trata de un derecho material, que

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

permite apreciar que la vulneración se haya producido real y efectivamente. Como señalan García y Contreras (2013)

> [...] el derecho debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles. Por tanto, su aptitud material para impedir la indefensión se ha de consumar procesalmente para que el principio contradictorio esté permanentemente desarrollando la igualdad de armas. (p. 245)

El Estado tiene la obligación de asegurar el derecho a la defensa; los órganos judiciales acarrean la responsabilidad de su realización efectiva, para que el proceso y la decisión que se disponga tengan validez. Esto presupone el desarrollo del principio de contradicción en el debate penal y la transparencia de la decisión, en un proceso justo y equitativo. García y Contreras (2013) exponen que

> el derecho a la defensa jurídica es un derecho fundamental de naturaleza procesal, que se proyecta, sustantivamente, como interdicción de la indefensión y, formalmente, como principio de contradicción de los actos procesales. La indefensión es la privación o limitación de los medios de defensa producida dentro de un proceso por una indebida actuación de los órganos judiciales y por una aplicación inequitativa del principio contradictorio o de igualdad entre las partes. (p. 261)

El acceso a los órganos judiciales exige el cumplimiento del debido proceso, que se manifiesta en:

a) *El derecho al juez natural predeterminado por la ley e imparcial:* tiene como objetivo evitar que se sustituya el órgano que tiene que conocer del proceso o su composición (tribunal), con la finalidad de influir en el resultado; de ahí que se considere como un elemento de legalidad y garantía para las partes. El Artículo 95 g) de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 87] establece la garantía con que cuentan las personas de ser juzgadas por un tribunal prestablecido legalmente y en virtud de leyes anteriores al delito. Complementa lo anterior, el derecho a un juez imparcial, con arraigo en el Artículo 94 d) constitucional [GOR-E (5), 2019, p. 87], que pretende asegurar el distanciamiento y la neutralidad de quien resuelve en relación con los intereses en conflicto.

Manifestación de este derecho son las causas de abstención y recusación de los jueces y magistrados, previstas en la LPRPM para los jueces, magis-

trados, fiscales, instructor penal y peritos; la resolución de la recusación tiene lugar en la fase de instrucción ante el fiscal militar, y en las fases intermedia y judicial mediante un incidente. Pueden ser recusados, también, quienes actúen en cumplimiento de un auxilio procesal, como parte de los recursos legales que permiten proteger el derecho de acceder a los órganos judiciales —Artículo 17.1.2 [GOR-E (12), 2022, p. 638].

Este derecho asegura los principios de independencia e imparcialidad del juez, refrendados, como se ha visto, en la ley suprema, y desarrollados en los artículos 13 b), c) y 56 b) de la LTJ [GOR-O (137), 2021, pp. 3932, 3953], y 3 de la norma procesal de la materia [GOR-E (12), 2022, p. 576], los que evitan las influencias externas o personales sobre quien actúa; por consiguiente, la designación de este y el eventual returno del asunto se convierten en elementos de legalidad y garantía para las partes.

b) *El derecho a la asistencia jurídica:* asegura la efectiva realización de los principios de igualdad y contradicción; de modo que se le asume como una exigencia del debido proceso, con amparo en el Artículo 94 b) de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 87].

Asimismo, la representación letrada, por designación o de oficio, constituye un deber inexcusable de los operadores, como parte de las garantías procesales que aseguran la realización plena del derecho a la justicia, consagrado en la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 80] —derecho a la defensa, ser parte, que exista contradicción—, en aras de evitar desequilibrios entre la posición procesal de las partes o limitaciones que puedan generar indefensión. Esta garantía se halla expresamente prevista en los artículos 12 y 122.1 c), d) y h) de la LPRPM [GOR-E (12), 2022, pp. 577, 599]; también, en sus homólogos 12 y 130.1, c), d), h) de la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4097, 4120].

El juez o magistrado, como garante de la sociedad y del derecho a la TJE, tiene el deber de velar por la defensa del acusado o tercero civil responsable y de informar a la víctima o el perjudicado, así como a las personas jurídicas involucradas en un proceso penal, del derecho que les asiste; además, en caso de insuficiencia de recursos económicos, debe instruirlos de la posibilidad de solicitar la exención de pago o su rebaja ante el director del Bufete Colectivo que corresponda.

c) *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas:* la celeridad de la respuesta es un componente esencial de la justicia. Tal exigencia se encuentra regulada en el Artículo 94 g) de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 87] y, como

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

parte de los principios procesales, en la sexta de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia penal (2005, s.p.). En general, la LPRPM diseña los plazos de las actuaciones procesales bajo la premisa de la razonabilidad, enfocada en la rapidez.

La dilación de los procesos atenta contra la TJE y puede ser motivo de reclamación por las partes, ante la autoridad que esté a cargo del asunto. La protección abarca todas las fases procesales, incluidas las medidas cautelares —en particular la de prisión provisional—, cuya dilación ha de ser objeto de control judicial.

El proceso crea un sistema que permite garantizar los derechos de todos los intervinientes; sin embargo, corresponde al órgano juzgador optimizar —en términos de rapidez— la tramitación de los procesos, independientemente de la complejidad del asunto, su naturaleza, magnitud, cantidad de involucrados, medios probatorios obtenidos, y posibilidades de reproducción y comprobación, entre otros aspectos.

Las dilaciones excesivas en la fase judicial pueden afectar el derecho a la motivación de las decisiones judiciales y dificultar la comprensión de la decisión final, al olvidarse los detalles del caso y las pruebas presentadas. Tal situación podría dar lugar a la nulidad absoluta de las actuaciones ejecutadas con vulneración de los derechos y de las garantías del debido proceso.

d) *El derecho a la prueba:* encuentra respaldo en el Artículo 94 c) de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 87] y comprende el derecho a la recepción y práctica de los medios probatorios necesarios, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

El tribunal adopta las disposiciones adecuadas para que las pruebas admitidas se practiquen en el juicio oral; a ese objeto, libra cuantos despachos sean necesarios. Asimismo, debe velar por que sean anulados los distintos actos procesales que conforman las actuaciones, siempre que hayan sido ejecutados con inobservancia de las formalidades y garantías consagradas en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba, y hayan ocasionado perjuicios a los intervinientes, lo que tiene sustento en el Artículo 56.1 de la LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 584] y la Instrucción No. 281 del CG-TSP [GOR-O (61), 2023, pp. 1349-1352].

A la luz de la TJE, no toda irregularidad u omisión procesal causa una indefensión material, constitucional y procesalmente relevante; ello

solo acontece cuando la vulneración trasciende a lo resuelto, lo que se complementa con lo dispuesto en el Artículo 628 de la LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 693] en el sentido de que la anulación o revocación de una sentencia, en virtud de recurso de casación, supone que la transgresión que la ocasiona sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia.

La celebración del juicio oral y, por supuesto, la práctica de las pruebas es presencial, aunque, si las circunstancias lo requieren, pueden emplearse las TIC —videoconferencia, audioconferencia—, para simplificar los procedimientos judiciales, como autoriza el Artículo 459 de la LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 662].

El tribunal, durante el acto de justicia, debe practicar todas las pruebas admitidas y determinar su relación con los hechos delictivos, la aplicación de la ley y los principios del Derecho penal, en un juicio justo y transparente, como exigencia del derecho a la TJE.

e) *Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales:* deriva de la garantía de las personas a no ser privadas de sus derechos, sino por resolución fundada de autoridad competente o sentencia firme de tribunal, reconocida en el Artículo 94 e) de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 87]. El control de la razonabilidad de la decisión forma parte de la TJE.

Existen dos clases de resoluciones: las que resuelven el fondo del asunto y requieren la valoración de las pruebas sometidas al debate penal, y las que declaran la inexistencia del derecho de penar y las razones por las que se inadmite el proceso. Ambas satisfacen el derecho a la TJE. Al respecto, Montero, Montón y Varona (2001) señalan:

> [...] la acción penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del juez en la fase instructiva sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación. (p. 25)

El deber argumentativo en el orden probatorio encuentra expresión en las exigencias de los artículos 557.2,e).3.4 de la LPRPM [GOR-E (12), 2022, pp. 680-681] y 568.2,e).3.4 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4198-4199], en los que se prevé la valoración de las pruebas que sustentan el hecho declarado probado, con exposición de los motivos por los cuales el juzgador acoge unas y rechaza otras; así como la obligación de fundamentar las cuestiones de derecho, cuando existan aspectos polémicos para la formación de la convicción.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

En este sentido, Garberi (2008), citando a Ureña, señala que

> la motivación [...] alcanza tanto a los hechos como a los fundamentos jurídicos; por lo que las resoluciones judiciales 'en su texto' han de exteriorizar las razones (los motivos) que justifiquen o expliquen el signo de la decisión adoptada por los tribunales, si favorable o adversa a un litigante o al otro. (p. 80)

El propio autor insiste en la idea de que, conforme a la doctrina constitucional, la decisión judicial ha de ser *razonable,* en el sentido de que contenga una argumentación lógica y coherente.

La razonabilidad obliga a que las decisiones judiciales estén debidamente fundadas, es decir, a que se expliquen las razones por las que se llega a la decisión —con sustento en las normas aplicables, las pruebas y los argumentos presentados por las partes—, la que debe ser proporcional a los hechos y su lesividad social, equilibrada y justa. La redacción ha de ser clara y sencilla, para que se comprenda por el destinatario. El conocimiento de los fundamentos de lo resuelto permite a las partes articular los recursos correspondientes, con las debidas garantías.

El principio de presunción de inocencia supone que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuarla o, dicho en otros términos, para demostrar la culpabilidad; a la vez, exige que la sentencia se fundamente en las pruebas practicadas. El silencio del acusado no puede ser considerado como un indicio de culpabilidad; como tampoco su declaración, por sí sola, constituye medio de prueba. Los cargos de la acusación deben ser probados; ello significa que la declaración del acusado ha de ser ponderada con otras pruebas de cargo objetivas, contentivas de elementos incriminatorios indubitados.

A falta de prueba directa, las pruebas indirectas o indiciarias pueden producir certeza en el tribunal. Tal como lo concibe Varona (2008), estas últimas,

> caracterizadas por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste [*sic*] a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia, puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. (p. 251)

Los indicios deben basarse en hechos plenamente acreditados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas; hechos constitutivos del delito se deducen de los indicios por medio de un proceso mental razonado y acorde con las reglas de la lógica, la razón y la experiencia.

La declaración inculpatoria de un copartícipe puede enervar la presunción de inocencia del inculpado, si se corrobora externamente o se constata que aquella implicación no mejora en modo alguno la situación procesal y penal del declarante ni existen motivos de venganza.

No se vulnera el principio de presunción de inocencia, cuando se adoptan legalmente medidas cautelares considerando la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, que evidencian algún signo de criminalidad.

El derecho a la TJE está sujeto a un cauce procesal debido, que exige la motivación de las decisiones judiciales, como garantía de los derechos e intereses legítimos de las personas. Las limitaciones que se derivan de la convicción del tribunal deben responder a un ejercicio de ponderación, legal y constitucionalmente adecuado, es decir, a una respuesta razonable.

Por otro lado, el derecho a acceder a los órganos judiciales requiere que el sistema de justicia sea eficiente y efectivo, de manera que la actuación de los distintos actores procure soluciones que permitan resolver los casos de manera rápida y justa, sin dilaciones innecesarias; en ese sentido, el proceso penal cubano, durante la fase judicial y antes de dictar sentencia, autoriza al órgano juzgador para aprobar acuerdos reparatorios, cuando la víctima o el perjudicado haya sido resarcido por el imputado o tercero civil responsable en virtud de dicho acuerdo, por medio de la transacción o negociación, directamente o con la intervención de mediadores —artículos 428.1 a) y 429, LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 656]. También permite que el tribunal pueda gestionar la conciliación o el acuerdo con la participación voluntaria del imputado y de la víctima o el perjudicado, mediante un proceso de diálogo y comunicación, con el objetivo fundamental de conseguir el resarcimiento y la solución del conflicto, conforme lo prevén los artículos 393.4, 394 y 395 de la citada ley (pp. 648-649).

El proceso, asimismo, establece la posible conformidad del acusado con la acusación presentada por el fiscal militar y la sanción interesada, para que se dicte sentencia con arreglo a esta; a tales efectos, el tribunal convoca a una audiencia. Si la víctima o el perjudicado, y el tercero civilmente responsable manifiestan su consentimiento, se puede prescindir de

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

la celebración del juicio oral e, incluso durante el propio acto de justicia, pasar al trámite de dictar la sentencia. En este proceder el tribunal está imposibilitado de imponer sanción distinta a la solicitada originalmente y declarar responsabilidad civil diferente a la interesada —Artículo 480.1, LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 666].

La llamada *sentencia de conformidad* está limitada a los supuestos previstos en la ley. No es de aplicación cuando el delito prevea la sanción de privación perpetua de libertad o muerte, implique un menoscabo de los derechos y las garantías constitucionalmente reconocidos para el conforme, ocasione graves perjuicios a los intereses estatales o se lesionen los derechos de terceros, con especial énfasis en las personas protegidas por su condición de vulnerabilidad —Artículo 481, LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 666].

En resumen, el derecho a acceder a la justicia prevé un cauce procesal que permite el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de las partes, y el deber de los jueces y magistrados de que se cumpla el debido proceso, para que se tomen, sin dilaciones, decisiones razonadas, justas y transparentes, lo que incluye los acuerdos reparatorios, el acuerdo y la conciliación, y el juicio de conformidad, como garantía de los principios de mínima intervención y economía procesal.

3.1. Derecho al recurso

El derecho al recurso, como mandato constitucional, contenido en el Artículo 94 f) de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 87], garantiza que las personas puedan disponer de un mecanismo para corregir la decisión sobre sus derechos e intereses legítimos, por errores objetivos y subjetivos, en los que hayan podido incurrir los jueces y tribunales.

El recurso de apelación previsto en las leyes procesales penales en ningún caso implica la devolución de las actuaciones; cuando verse sobre cuestiones de hecho, o se detecten defectos de forma o insuficiencia probatoria, el tribunal celebra vista, practica pruebas y resuelve el asunto —Artículo 602, LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 689]. La inadmisión de la casación queda reservada a la ausencia de legitimidad del recurrente, la improcedencia de este medio impugnatorio contra la resolución recaída y la extemporaneidad —Artículo 636, LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 694].

Cuando se detecte que el recurso carece de algún requisito meramente formal, se instruye al recurrente para que lo subsane en el plazo de

tres días. La cita inadecuada del precepto autorizante no es obstáculo para la admisión del recurso, siempre que, de la argumentación de este, pueda inferirse el propósito del impugnante y el precepto en que se ampara, y se cumplan los requisitos que la ley establece —artículos 632 y 634 de la LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 694].

La TJE, como garantía a la seguridad jurídica, impide la modificación de las resoluciones judiciales firmes, con las excepciones establecidas en el ordenamiento. La aclaración de sentencias permite subsanar defectos materiales u omisiones relevantes, pero no autoriza a modificar el sentido del fallo —Artículo 52.1, LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 584].

La intangibilidad de las resoluciones judiciales también se garantiza en casación, cuando se dispone la devolución de las actuaciones al tribunal militar de instancia, para que las reponga al estado en que se hallaban al cometerse el quebrantamiento y, una vez subsanado este, continúe el proceso. Tal decisión se adopta si se incumplen las formalidades legales y garantías individuales de las partes, no se razone la prueba o esta no responda a criterios lógicos y racionales, resulte insuficiente o incumpla las exigencias legales, lo que se regula de igual manera en las leyes procesales penales —artículos 629 y 644, LPRPM [GOR-E (12), 2022, pp. 693, 695], 639 y 653, LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4211, 4213].

El principio antes referido supone la devolución al tribunal de instancia para que dé solución a cuestiones no resueltas en el auto o sentencia, sin necesidad de repetir nuevamente el juicio oral, práctica que no era admitida en la derogada ley procesal. Con ello se abre una vía para dar tratamiento a las pretensiones alegadas por las partes y no resueltas por el juez, pero bajo el imperativo de agilizar el proceso.

La devolución de las actuaciones al estado en que se encontraban al cometerse el quebrantamiento impone un límite a los tribunales: el de variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas al margen de los supuestos previstos por la ley, que permiten controlar la lógica y coherencia de la estructura racional de la prueba —Artículo 644.2, LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 695].

La casación no procede por cualquier irregularidad u omisión procesal que se detecte o se denuncie, sino por las que provocan una indefensión material constitucionalmente relevante; de manera que lo vulnerado —derechos y garantías— ha de trascender a lo resuelto o no hay motivo casacional —artículos 628, LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 693], y 638, LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4211].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

La casación no se limita a la valoración de los argumentos expuestos en los escritos de interposición del recurso, sino que tiene en cuenta todos los elementos que pueden redundar en beneficio de los acusados, aunque estos no hayan recurrido la sentencia. La detección de infracciones cometidas por el órgano judicial de instancia con trascendencia al fallo puede dar lugar a casar la sentencia de oficio —Artículo 648, LPRPM [GOR-E (12), 2022, p. 696].

La sentencia de casación protege los derechos fundamentales, no de manera teórica o ideal, sino real y efectiva, al garantizar una revisión exhaustiva de la legalidad y fundamentación de las resoluciones dictadas por los tribunales de instancia, por errores de derecho o de procedimiento, por cuestiones de aplicación o interpretación de la ley, con lo que se aseguran el respeto a los derechos de las partes y el cumplimiento de los principios de justicia y equidad. Este actuar favorece la coherencia de la impartición de justicia y contribuye a la seguridad jurídica.

3.2. Responsabilidad del juez o magistrado

El derecho a la TJE y el acceso a los órganos judiciales procuran que el procedimiento se desarrolle desde una perspectiva garantista para todas las partes. La manera en que se conducen los jueces o magistrados, su preparación y conciencia en la aplicación coherente de las disposiciones normativas desempeñan un papel importante en el logro de tal propósito.

Del juez o magistrado, como ente decisorio, depende en gran medida la materialización de los principios que informan el proceso, los derechos y las garantías reconocidos a las personas y su ejercicio legítimo y legal. Compete al juzgador velar por que se cumpla el derecho de toda persona a acceder al proceso, en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos. A ese efecto, es fundamental su responsabilidad en la previsión y verificación de la correcta realización de los emplazamientos, las citaciones y notificaciones, en los diferentes momentos procesales, y el ofrecimiento de la información necesaria a las partes, para lograr un proceso justo y transparente.

Los encargados de impartir justicia deben tener un conocimiento profundo de la ley, aplicarla de manera objetiva e imparcial, hacer públicas sus decisiones y fundamentos; actuar con independencia, libres de influencias externas y personales; conocer el caso en profundidad; valorar los argumentos presentados por las partes; respetar las garantías

procesales —derecho a la defensa, presunción de inocencia, plazo razonable—; agotar los medios a su alcance, en el orden probatorio, para formarse convicción; motivar las decisiones, explicando las razones que condujeron a ellas.

En resumen, los jueces y magistrados asumen una alta responsabilidad como garantes de la sociedad y de la TJE de los derechos de las personas; de ahí la necesidad de que el sentido común, la racionalidad y la justicia primen en su actuación.

IV. CONCLUSIONES

El derecho a la TJE supone una relación dialéctica adecuada entre potestades, facultades, deberes jurídicos y éticos inherentes a todo proceso, para la defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas. Su concreción requiere de una actuación responsable, ponderada, racional y ética de los jueces, quienes hacen valer los derechos y las garantías reconocidas en las leyes, por medio de un proceso justo y equitativo, que concluye con una decisión firme y ejecutable. Ello es determinante para la consolidación de la seguridad jurídica y el Estado Socialista de Derecho.

El acceso a los órganos judiciales se configura como un derecho material, subjetivo y público del hombre por el hecho de serlo; actúa de manera sistémica e integrada en un cauce procesal; es ejercitable ante los tribunales y comprende desde el inicio del proceso hasta la ejecución definitiva de la decisión, por medios ordinarios y, también, excepcionales.

El derecho a la TJE exige la motivación de las decisiones judiciales y el cumplimiento del debido proceso, como garantías legítimas de los derechos e intereses de las personas. Las limitaciones que se derivan de la convicción del tribunal responden a la ponderación legal y constitucionalmente adecuada de la decisión, es decir, a una respuesta razonable.

V. REFERENCIAS

Barría Contreras. C. F. (1999). Derecho a la tutela judicial efectiva: Breve reseña histórica. https://www-cybertesis.uach.cl

Carrasco Durán, M. (2001). La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva. *Revista de Derecho Político*, (107), 13-40.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Castillo-Córdova, L. (2013). Debido proceso y tutela jurisdiccional. http://pirhua.udep.edu.pe

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 281. (Junio 30, 2023). GOR-O (61), 1349-1352.

Constitución de los Estados Unidos de 1868. (s.f.). https://www.state.gov

Constitución Española. Texto consolidado. (Septiembre 27, 2011). BOE (311), 1-40. https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. (1789). En *Conseil Constitutionnel Français*. https://www.conseil-constitutionnel.fr

Díez-Picazo, L. (1987). Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. *Poder Judicial,* (5), 41-49.

Diccionario pahispánico del español jurídico. (2023). Definición de derecho a la TJE. https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-tutela-judicial-efectiva

Garberí Llobregat, J. (2008). *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Bosch.

García Pino, G. y Contreras Vásquez, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Estudios Constitucionales*, 11(2), 229-282. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007

González Álvarez, Roberto. (2011). El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal. *Ars Boni et Aequi, 7*(2), 199-238.

Ley No. 140, De los tribunales de justicia. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (137), 3929-3975.

Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

Ley No. 146, De los tribunales militares. (Febrero 1.º, 2022). GOR-E (11), 541-574.

Ley No. 147, Del proceso penal militar. (Febrero 1.º, 2022). GOR-E (12), 575-715.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. (2019). En Gies, L. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Bundestag.

Mendoza Díaz, J. y Goite Pierre, M. (2020). El debido proceso penal en Cuba. En *Garantía de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*. Dykinson-ONBC.

Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Montón Redondo, A. y Barona Vilar, S. (2001). *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. (10.ª ed.). Tirant Lo Blanch.

Perozo, J. y Montaner, J. (2007). Tutela judicial efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Frónesis* [*on line*], *14*(3), 53-74. https://ve.scielo.org

Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia penal. (Marzo 1.º, 2005). *Pensamiento penal*. http://www.pensamientopenal.com.ar

Rodríguez Nieto, L. A. (s.f). La acción penal y el proceso. Banco de Conferencias Digitales. http://www.tribunalmmm.gob.mx

Rojas Álvarez, M. (2013). El Derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva. https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo

Rojas Álvarez. Martha. (2007). *La garantía del debido proceso y la justicia comunitaria desde una perspectiva constitucional*. Tribunal Constitucional. https://www.bivica.org

Varona Martínez, G. (2008). Tutela judicial efectiva: Derecho a un proceso con todas las garantías. En Cuesta, J. L. y Muñagorri, I. (Dtores.). *Aplicación de la normativa antiterrorista*, 219-292. Instituto Vasco de Criminología. http://ehu.eus

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
Recibido: Julio 3, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

DIÁLOGO NECESARIO EN CLAVE DE CONCILIACIÓN

NECESSARY DIALOGUE IN TERMS OF CONCILIATION

M. Sc. Ana Yuly Mojena González

Magistrada, Sala del Trabajo y de la Seguridad Social, Tribunal Supremo Popular, Cuba

Código ORCID: 0009-0006-9219-187X

ana@tsp.gob.cu

Resumen

El reto de modernizar la impartición de justicia del trabajo y de la seguridad social, mediante la implementación de la conciliación en sede judicial, importa una auténtica reforma procesal, organizativa y tecnológica; ella exige un cambio en la forma en que los operadores de justicia y demás servidores abordan el proceso, al dejar atrás la perspectiva de la confrontación, y asumir el acercamiento y diálogo entre las partes. A reflexionar sobre tal desafío y la manera de gestionarlo se dedica el presente trabajo.

Palabras clave: Sistema de gestión de la calidad; tribunales de justicia; conciliación intrajudicial; proceso de trabajo y seguridad social.

Abstract

The challenge of modernising the administration of labour and social security justice in Cuba through the implementation of conciliation in the courts requires an authentic procedural, organisational and technological reform; it demands a change in the way in which justice operators and other public servants approach the process: leaving behind the perspective of confrontation, and assuming a rapprochement and dialogue between the parties. This paper is dedicated to reflecting on this challenge and how to manage it.

Keywords: *Quality management system; courts of Justice; mission accomplishment; intrajudicial conciliation; labor and social security matters.*

Sumario

I. Introducción; II. La gestión de la calidad en los tribunales cubanos; III. La conciliación como método alterno de solución de conflictos; 3.1. La conciliación intrajudicial; 3.2. Antecedentes en los conflictos de trabajo y seguridad social; 3.3. Breves precisiones desde el Derecho constitucional comparado; 3.4. El punto de partida; 3.5. Instrucción No. 283 de 2023; 3.6. Conciliación intrajudicial, gestión de la calidad y justicia del trabajo; IV. Conclusiones: V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

> La impartición de justicia por los órganos judiciales cubanos entraña la prestación de un relevante servicio público a los ciudadanos y al resto de los actores del entramado social, toda vez que el desempeño adecuado y exitoso de esa función impacta de manera sustancial en la calidad de vida de la población, la seguridad jurídica, el orden público, la legalidad, la tranquilidad ciudadana y la confianza de la población en el sistema político. (Remigio, 2014, p. 7)

El Artículo 147 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 100], establece que «la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye» (p. 100). Este postulado constitucional, a la vez que señala el carácter esencialmente popular de la función judicial en el país, determina la alta responsabilidad que entraña su desempeño para quienes asumen esa misión en el contexto de la sociedad cubana actual.

Por su parte, el CEJ vigente, aprobado mediante acuerdo del CG-TSP, de 13 de julio de 2017, conceptualiza los valores institucionales y los principios éticos fundamentales que deben acatar los magistrados, jueces y demás trabajadores de los tribunales.

El sentirse y comportarse como verdaderos servidores públicos, dignos, honestos, incorruptibles y enfocados en brindar acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica a las personas, instituciones, entidades y la sociedad en general —para asegurarles el amparo legal

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

efectivo a sus derechos y garantías, sobre la base del debido proceso, el cumplimiento de la Constitución y las demás leyes vigentes— conforma una «visión asertiva e incluyente que asume la perspectiva de la actividad judicial como servicio público enfocado en proporcionar, a las personas naturales y jurídicas, el acceso efectivo a una impartición de justicia pronta, transparente y eficaz» (Remigio, 2018, p. 6).

Este paradigma aparece refrendado en la LTJ, cuyo Artículo 4.1. prevé que «la función judicial implica un ejercicio de autoridad y, a su vez, la prestación de un servicio público» [GOR-O (137), 2021, p. 3930]. Por ello, el ejercicio de esta se robustece, al mostrar valores institucionales, como sentido de lo justo, humanismo, patriotismo, independencia judicial, imparcialidad, transparencia, honestidad, calidad, responsabilidad y probidad.

El CEJ conceptualiza los valores institucionales que se reconocen en el ST cubano. En cuanto a la calidad, advierte que ella se manifiesta mediante la actitud de todos sus integrantes para realizar su labor conforme a requisitos, buenas prácticas y procederes uniformes previamente establecidos, cumplir sus funciones y atribuciones con profesionalidad, destreza, pulcritud, eficiencia y eficacia, que garanticen agilidad de los procesos, observancia de las garantías y los derechos de los implicados, adecuada motivación y fundamentación de las resoluciones, y ejecución oportuna y eficaz de las decisiones judiciales firmes.

La calidad, además de un valor, constituye una garantía en el ejercicio de la función judicial. Así lo reconoce la LTJ (2021), cuando, en su Artículo 15 f), enuncia que «la gestión judicial se controla y evalúa sistemáticamente para su mejoramiento continuo» (p. 3934), en el entendido de que no es susceptible de perfeccionarse aquello que no se gestiona, en línea con el axioma atribuido a John Ruskin —crítico, filósofo y escritor británico (1819-1900)—, de que «la calidad nunca es un accidente, siempre es el resultado de un esfuerzo de la inteligencia» (s.p.). En consecuencia, los tribunales cumplen con las acciones previstas en el sistema de gestión de la calidad para el efectivo seguimiento, control, retroalimentación y permanente mejora de los resultados cualitativos de la labor judicial.

II. LA GESTIÓN DE LA CALIDAD EN LOS TRIBUNALES CUBANOS

Para la sociedad, todos aquellos que trabajan en los tribunales constituyen un ejemplo a seguir y, en tal sentido, deben mantener una conducta

ética intachable, dado el compromiso social que asumen; su función no es solo juzgar y hacer cumplir lo juzgado, sino impartir justicia; de ahí que, en su vida personal, deben constituir un ejemplo, comportarse como excelentes seres humanos, capaces de consolidar la justicia y el desarrollo de todos los ciudadanos. El desempeño de los jueces exige un comportamiento íntegro, vertical y transparente en todos los ámbitos de la vida, porque esa condición acompaña siempre a quien la ostenta y lo convierte en un referente cívico de incalculable valor (Hernández y Santana, 2019, p. 38).

Tal como sostiene Hernández Díaz (2018, p. 36), la investigación presentada por Remigio Ferro (2014), junto a los trabajos finales mostrados por los cuadros y reservas del ST, participantes desde la primera edición del Diplomado en Administración Pública, muestran la asimilación e integración de los conocimientos impartidos en este, y su aplicación a las situaciones concretas que se presentan en los tribunales, en el marco de las transformaciones que se producen en la actualización del modelo económico cubano, con un enfoque integral y multidisciplinario, en correspondencia con los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución, a lo que valdría adicionar el compromiso que asumen con el pueblo respecto a la calidad de la justicia.

Según Remigio (junio, 2018), «[…] nuestro principal empeño es, y será siempre, procurar niveles cualitativos superiores en nuestra labor y ponernos a la altura de lo que el pueblo cubano —con todo derecho— espera y reclama de nosotros» (p. 11). La implementación del SGC en el ejercicio judicial es fruto de su visión prospectiva, reseñada en la investigación realizada en 2014.

Para compulsar la función judicial con las exigencias que impone ese servicio público, no basta con que sus integrantes conozcan la ley y la interpreten; es necesario dotar su desempeño de instrumentos que persigan ese fin; contextualizar la labor que realizan en los tiempos actuales y valerse de herramientas que puedan aplicarse en su quehacer diario constituyen, también, una responsabilidad de quienes laboran en este sector (Hernández y Santana, 2019, p. 38).

Otro aspecto a evaluar, en total sintonía con lo desarrollado, es la necesidad de dar continuidad al proceso de implementación del Lineamiento No. 201 de la Política económica y social del Partido y la Revolución, dada su impronta en la labor judicial, ya que propone

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> continuar el perfeccionamiento del sistema de justicia en todos sus ámbitos y de los órganos, organismos y organizaciones que lo integran o le tributan, consolidando la seguridad jurídica, la protección de los derechos ciudadanos, la institucionalidad, la disciplina social y el orden interior. (Comité Central del Partido Comunista de Cuba, 2021, p. 85)

En el Capítulo XIII (de dichos lineamientos), referido al perfeccionamiento del sistema y los órganos de dirección (2021), cinco de las 11 directrices resultan coincidentes con el tema en estudio (p. 84). Por ende, la calidad de la impartición de justicia y la mirada participativa del ciudadano en la solución del proceso, constituyen una cuestión de suma pertinencia política y social. Entre los lineamientos con mayor incidencia en el capítulo, es dable citar:

> 191. Perfeccionar y garantizar un programa de capacitación de directivos, ejecutores directos y trabajadores, para la implantación de las políticas que se aprueben, apoyado en un plan de comunicación social, que permita el dominio de lo que se regule y exigir su cumplimiento.
>
> 195. Desarrollar el perfeccionamiento sistemático de los Organismos de la Administración Central del Estado (OACE), entidades nacionales y órganos del Poder Popular, con el objetivo de lograr una administración pública transparente, ágil, eficaz y eficiente.
>
> 197. Fortalecer el control interno y el externo ejercido por los órganos del Estado y el Gobierno, las entidades, así como el control social, incluyendo el popular sobre la gestión administrativa; promover y exigir el respeto a la legalidad, la transparencia de la gestión pública y la protección de los derechos ciudadanos.
>
> 198. Consolidar la participación activa de los órganos del Estado, del Gobierno, las organizaciones políticas, sociales y de masas, así como el pueblo en general, en la prevención y enfrentamiento a las actividades subversivas, delictivas, conductas antisociales, la corrupción, las ilegalidades, indisciplinas sociales y otros fenómenos nocivos, que inciden en la seguridad, la tranquilidad ciudadana y el orden interior.
>
> 201. Continuar el perfeccionamiento del sistema de justicia en todos sus ámbitos y de los órganos, organismos y organizacio-

> nes que lo integran o le tributan, consolidando la seguridad jurídica, la protección de los derechos ciudadanos, la institucionalidad, la disciplina social y el orden interior. (pp. 84-85)

Estas razones justifican que el diseño del SGC fuera incluido como uno de los objetivos estratégicos del ST. La gestión de la calidad se aviene a la NC ISO-9001:2015. Con su implementación, se cambió la gestión tradicional —por áreas de trabajo, como estructuras internas independientes— por la denominada *gestión por procesos*, enfoque que elimina las barreras entre las diversas unidades funcionales de la organización y unifica sus esfuerzos y recursos en la concreción de las principales metas (Hernández y Santana, 2019, p. 38).

Aun cuando la gestión de la calidad es una herramienta y práctica utilizada en el mundo, desde hace mucho tiempo, en el ámbito de la gerencia empresarial y los negocios, no sucede de igual forma en los dominios de la actividad estatal y gubernamental, en los que su manejo e incorporación comenzó a apreciarse en un período relativamente más reciente. Es a fines del siglo xx, con el surgimiento y desarrollo de la conceptualización de la gestión o gerencia pública y el consecuente acotamiento de la administración pública, como disciplina de contornos propios, que comienzan a sentarse las bases sobre las que se incorporará la calidad en la gestión y el servicio público, cual presupuesto de eficiencia y eficacia de la acción gubernamental, administrativa y estatal, de cara al ciudadano (Hernández y Santana, 2019, p. 38).

El Acuerdo No. 8, adoptado por el CG-TSP, el 25 de enero de 2016, aprueba la Política de la calidad del ST, en la que quedan expresados los aspectos esenciales que determinan aquella en el ejercicio de la función jurisdiccional: desempeño diligente y ágil, y cumplimiento de los términos y plazos fijados para la tramitación y solución de los procesos; apego a los procedimientos establecidos y respeto estricto a las garantías y los derechos de las partes y los intervinientes en los asuntos; adopción de decisiones y resoluciones acertadas, comprensibles, debidamente fundamentadas y argumentadas, caracterizadas por su racionalidad y sentido de lo justo; cumplimiento efectivo y oportuno de las decisiones judiciales firmes.

La gestión judicial se optimiza en todos sus ámbitos, en sintonía con la actualización del modelo económico cubano y el enfrentamiento a las ilegalidades y la corrupción, lo que implica una mayor retroalimentación de la ciudadanía y las instituciones sobre el servicio público que se

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

presta en los tribunales, enfocados en la satisfacción continua de las expectativas de los usuarios, internos y externos, con mayor sensibilidad y dinamismo (Hernández y Santana, 2019, p. 41).

El SGC identifica 16 procesos, los que se clasifican en:

Estratégicos: Planificación estratégica, económica y por objetivos, gestión tecnológica, de los recursos humanos, los servicios científico-tecnológicos y la innovación, comunicación institucional, y control y desempeño del SGC.

Claves o fundamentales: Acceso e impulso procesal, comunicación procesal, celebración de audiencias y otros actos, y adopción de decisiones judiciales.

De apoyo: Aseguramiento logístico, defensa, seguridad y protección, gestión documental, económica financiera, de la información y las relaciones internacionales.

Los del segundo grupo, que expresan la razón de ser de la organización, agrupan a las diferentes materias jurisdiccionales, a partir de la recopilación de los documentos, su estandarización y mejora, lo que no implica, de momento, un cambio en las leyes de procedimientos judiciales u otras normas, sino la transformación de la gestión del personal que labora en las salas de justicia.

La celebración de las audiencias, como proceso clave, tiene por objetivo garantizar la práctica de aquellas oportunamente y cumpliendo con los requisitos establecidos en las leyes procesales y las demás disposiciones normativas, incluidas las dictadas por el CG-TSP y su presidente.

III. LA CONCILIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Sin pretender una detallada conceptualización de la conciliación, uno de los métodos que califican como alternativos a la justicia judicial, a modo introductorio y meramente descriptivo, apréciese que los métodos alternos de solución del conflicto (MASC) o *alternative dispute resolution* (ADR) son aquellos procedimientos que permiten resolver una controversia sin la intervención de un juez; entre los que se incluye una pluralidad de instituciones con distintas características o la combinación de estas en una determinada modalidad (Pérez, 2020, pp. 92-93).

Pérez (2020), en sintonía con el criterio de Barona (2013), reitera que:

> […] en aquellos que califican como métodos autocompositivos generalmente interviene un tercero que presta asistencia a las personas con el propósito de aproximar sus intereses, para que sean ellas quienes logren un acuerdo. En estos generalmente se incluyen la conciliación y la mediación, así como la negociación en la que, a diferencia de los anteriores el protagonismo lo asumen las propias partes sin presencia de terceros […]. (pp. 58-60)

De tal forma que la conciliación es el mecanismo de solución en el que se procura lograr un entendimiento entre los involucrados en el conflicto, con el propósito de llegar a un acuerdo razonable para ambas partes. Interviene aquí un tercero imparcial que facilita la comunicación entre las personas enfrentadas, sugiriéndoles posibles alternativas a fin de que logren construir acuerdos para su solución (Pérez, 2020, p. 94; Cornelio, 2016, s.p.).

En síntesis, la conciliación es un método que tiene por finalidad la solución de los conflictos, previene su formación y promueve la cultura de paz. Su empleo puede culminar en la adopción de acuerdos totales o parciales que, al ser reconocidos en una resolución firme del tribunal, son ejecutables.

3.1. La conciliación intrajudicial

Una de las clases reconocidas de la conciliación es aquella que tiene lugar con la intervención judicial, como un acto jurídico en el cual intervienen dos o más personas con intereses opuestos, cuyo consentimiento y voluntad podría dar por terminada una obligación, una controversia o una relación jurídica, para modificar un acuerdo existente o crear situaciones, o relaciones jurídicas nuevas, que beneficien a ambas partes. Se brinda una solución rápida que descongestiona los sistemas judiciales, solución a la que acuden distintos países que afrontan una carga excesiva de trabajo y la consecuente mora judicial.

En este medio resolutivo, el conflicto y su modo de solución son propiedad de las partes, por lo que la actuación de los servidores judiciales debe enfocarse en apoyarlas en el logro de una solución a sus diferencias, a partir de una comunicación constructiva. La apertura de un nuevo escenario a la conciliación en sede judicial tiene muchos be-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

neficios, de los que el más importante es el bienestar de las personas (OJEPB, 2016, s.p.).

El reto de modernizar la impartición de la justicia del trabajo y de la seguridad social cubana, mediante la implementación de la conciliación en la vía judicial, importa una auténtica reforma a nivel procesal, organizativo y tecnológico; ella exige un cambio en la forma en que los operadores de la justicia y los demás servidores abordan el proceso, al dejar atrás la perspectiva de la confrontación, y asumir el acercamiento y el diálogo entre las partes.

3.2. Antecedentes en los conflictos de trabajo y seguridad social

En Cuba, la solución de los conflictos individuales del trabajo ha transitado por diferentes momentos. No se hará referencia a los colectivos, aun cuando estos tienen una expresión propia, en la que destacan la negociación colectiva y el arbitraje, toda vez que ello escapa del objeto planteado en esta investigación.

En los inicios de la «República Neocolonial», el país muestra una justicia del trabajo que se desarrolla fuera de la sede judicial y, aun cuando esta competencia se le reconoce años después a los tribunales populares, persiste la intervención de órganos extrajudiciales, primarios, conocedores del conflicto, como expresión del papel activo concedido al colectivo laboral dentro del diseño de la administración de justicia, elemento distintivo de esta.

La etapa anterior a la Revolución cubana se caracteriza por su diversidad y dispersión normativa; sin embargo, es frecuente el uso de la conciliación y la mediación para tramitar las controversias. La CRC de 1901 no establece normas protectoras para los trabajadores; en esos primeros años de la república mediatizada, la solución de los conflictos del trabajo, desde el punto de vista sustantivo y adjetivo se realiza, primeramente, distinguiendo entre trabajadores, empleados y funcionarios del Estado, de las provincias y los municipios, así como los privados, otorgándoles tratamientos jurídicos diferentes.

Para los trabajadores públicos, procesalmente, los conflictos del trabajo encuentran solución en el Decreto No. 45 de 1909, «Ley del servicio civil» y su Reglamento. Para el sector portuario, se promulga la Ley No. 9 de 1924, que establece las comisiones de inteligencia de los puertos,

presididas por juristas e integradas por patronos y trabajadores de las industrias y el comercio del mar. El Decreto-Ley No. 3, de 6 de febrero de 1934, propone una forma *sui generis* del arbitraje y la conciliación, mediante las juntas de Cooperación Social conocidas como Tribunales de Arbitraje (Rodríguez Coquet, 2006, s.p.).

Esta profusión legislativa también se mantiene en el período posterior a 1959, a pesar de la codificación articulada en los años ochenta. En 1977, ve la luz la LPCAL —inicialmente denominada Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral; en 2006, al incorporarse el procedimiento económico (actual mercantil), sumó este apelativo a su nombre—, en cuyo Artículo 714 (Mantecón, 2015, p. 178) se da entrada a la autocomposición del conflicto, al referirse al allanamiento y la transacción, ambas reconocidas doctrinariamente como formas de conciliación.

Las transformaciones de la economía que se acometen en los noventa, resentidas tras la desaparición del campo socialista, inician con la Reforma constitucional de 1992, al quedar en manos del Estado la gestión sobre los medios fundamentales de la producción, impacto del cual no escapa el Derecho de trabajo, matizado en sede judicial por las elevadísimas cargas de trabajo para los jueces, como consecuencia de la radicación de asuntos en todas sus estructuras, lo que conspira contra la celeridad de los asuntos.

Esa necesidad condiciona el ensayo en Villa Clara, del Decreto-Ley No. 121, de 19 de julio de 1990 [GOR-E (7), pp. 19-20], el cual instrumenta la composición tripartita en los órganos de solución del conflicto, radicados en los centros laborales, sustitutos de los consejos de trabajo, como una instancia previa obligatoria para acceder a la vía judicial, para los trabajadores del sector estatal, experiencia que se extiende al resto del país, ante los resultados alcanzados, mediante del Decreto-Ley No. 132, de 9 de abril de 1992 [GOR-E (3), pp. 7-8], que autoriza la constitución, de forma experimental, en todo el país, de aquella variante, lo que consolidan el Decreto-Ley No. 176, de 15 de agosto de 1997 [GOR-O (28), pp. 433-437] y la Resolución Conjunta No.1, de 4 de diciembre de igual año, del ministro de Trabajo y Seguridad Social y el presidente del TSP (MINJUS, 1999, pp. 169-210), que instituyen el SJL. Los órganos se reconocen como la fase preliminar de conocimiento para los conflictos en materia de derechos laborales, así como los disciplinarios en los que el estatus laboral del trabajador se afectaba definitivamente y, para el resto, como la única vía (Rodríguez Coquet, 2006, s.p.).

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

La Ley No. 116, de 20 de diciembre de 2013, CT [GOR-E (29), 2014, pp. 453-483), modifica la denominación del órgano primario de solución, como órgano de justicia laboral (OJL), al que valora como una instancia dentro del SJL. Los conflictos del trabajo de los empleados privados, entonces, se solucionan de diferentes formas, pues los procedimientos les respaldan, según su naturaleza, característica y sector, sin que exista una legislación sistematizada al efecto (Rodríguez Coquet, 2006, s.p.).

Además, en el devenir del proceso del trabajo y de la seguridad social, resalta la desactualización de la norma sustantiva y adjetiva, con respecto a la realidad imperante, lo que conlleva a la implementación de disposiciones de menor rango jerárquico, que modifican el procedimiento y generan vacíos que son suplidos mediante las disposiciones del CG-TSP, dada la potestad que le concede el legislador de unificar la práctica judicial.

En este último sentido, cabe resaltar los Acuerdos 36 y 37, ambos de 1988, del CG-TSP, dedicados, por su orden, a la celebración de la comparecencia y la redacción de la sentencia laboral, al igual que la Instrucción No. 194 de 2009 y la 197 de 2010, entre otras. Sin embargo, ese órgano colegiado, que autoriza el uso de la conciliación y transacción en el proceso mercantil, mediante la Instrucción No. 141 de 1991, e igualmente en el proceso familiar, a tono con la Instrucción No. 216 de 2012, nunca anticipa el uso de esos mecanismos alternos para la materia de trabajo y seguridad social, lo que constituye mérito del CPR; de ahí que el juez del trabajo carezca de la práctica judicial conciliadora, que debe dispensar siempre que lo permita la naturaleza de las pretensiones articuladas por los justiciables.

3.3. Breves precisiones desde el Derecho constitucional comparado

Al igual que en Cuba, la conciliación encuentra desarrollo en diversos cuerpos constitucionales de Latinoamérica. En ocasiones, como consecuencia de las reformas legislativas implementadas por los países, que impactaron en la constitución y demás normas procesales. La realidad es que, cada día, son más las naciones que la incorporan como mecanismo de solución efectivo que propicia una cultura de paz (OJEPB, 2021, s.p.).

En Venezuela, la Constitución de 1999 —en el Título V, «Sobre la organización del poder público nacional»; Capítulo III, «Del poder judicial y el sistema de justicia»—, el Artículo 258 dispone que la ley promoverá

el arbitraje, la conciliación, la mediación y otros medios alternativos para la solución de conflictos (GOR No. 36.860, diciembre 30, 1999, s.p.). Su regulación significa una importante novedad en el ámbito constitucional, a pesar de que, en este país, el arbitraje, la conciliación y la justicia de paz ya formaban parte del ordenamiento legal antes de la promulgación de la nueva Constitución (Pérez, 2020, p. 96).

La Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Artículo 17, en su cuarto apartado, dispone que «las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial» (Diario Oficial de la Federación, 1917 y 2023, s.p.). A ello se une la dispositiva contenida en el Artículo 18.VI del propio texto, sobre el funcionamiento de las «formas alternativas de justicia en el ámbito penal y de la justicia juvenil» (Pérez, 2020, p. 97).

En Colombia, el Título V de la Ley de leyes, relativo a la organización del Estado, en su Capítulo 1, «De la estructura del Estado», Artículo 116, admite la posibilidad de que los particulares sean

> investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley (Diario Oficial No. 52.399, 2023, s.p.).

La Constitución de Ecuador, en su Artículo 97, dispone que «todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley» (Gaceta Judicial, 2002 y 2021, s.p.). Seguidamente, el Artículo 189.II establece que los jueces de paz utilizarán mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución. Por su parte, el Artículo 190 reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, cuya aplicación estará sujeta a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir (Pérez, 2020, p. 97).

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia declara, en su Artículo 10.I, que es estado pacifista, que promueve la cultura de la paz y el derecho a esta. A continuación, su Artículo 108 define que son deberes de los nacionales defender, promover y contribuir al derecho a la paz y fomentar una cultura al respecto. (Gaceta Oficial, febrero 7, 2009, s.p.). Asimismo, la Ley del órgano judicial (No. 025, de 24 de junio

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

de 2010), en su Artículo 65, dispone que la conciliación es el medio de solución inmediata de los conflictos y de acceso directo a la justicia, como una primera actuación procesal. El precepto siguiente define sus principios: voluntariedad, gratuidad, oralidad, simplicidad, confidencialidad, veracidad, buena fe y ecuanimidad (OJEPB, 2016, s.p.).

El tránsito por las normas enunciadas permite apreciar la distinta colocación del reconocimiento de los MASC a nivel constitucional. La mayoría de las legislaciones mencionadas regulan los métodos alternos de solución de conflictos en el título concerniente a la organización del poder público (Venezuela), la organización de la estructura del Estado (Colombia), la participación y organización del poder en cuanto a la función judicial (Ecuador), a diferencia de países como México, donde se incorpora en calidad de derecho reconocido a las personas (Pérez, 2020, p. 98).

La inclusión de los MASC en las constituciones de los países latinoamericanos y la aprobación de las leyes que los regulan dan muestras del proceso de modernización de los sistemas jurídicos, lo que redunda en la calidad de la administración de justicia dispensada a sus ciudadanos, al ser estos partícipes de la solución y el fomento a la cultura de la paz.

3.4. El punto de partida

El Artículo 93 de la norma suprema cubana dispone que «el Estado reconoce el derecho de las personas a resolver sus controversias utilizando métodos alternos de solución de conflictos, de conformidad con la Constitución y las normas jurídicas que se establezcan a tales efectos» [GOR-E (5), 2019, p. 86].

El Artículo 7 de la Ley No. 140 de 2021, LTJ [GOR-O (137), 2021], con relación a los MASC, deja claro que

> los tribunales reconocen los métodos alternos de solución de conflictos y utilizan fórmulas conciliatorias para resolver los asuntos que les están atribuidos, según su naturaleza, de conformidad con la Constitución de la República y las disposiciones normativas establecidas al efecto. (p. 3930)

Por su parte, la Ley No. 141 de 2021, CPR [GOR-O (137), 2021], al desarrollar la citada garantía de los derechos, concedida a las personas por el texto constitucional, en su Artículo 2, apartado uno, refleja:

> Toda persona puede acudir ante los tribunales para reclamar la tutela de sus derechos u oponerse a las pretensiones promovidas en su contra, para lo cual participa en el proceso y ejerce los actos concernientes a la defensa de su posición procesal, de conformidad con las disposiciones contenidas en este Código. (p. 3978)

El apartado tres del propio precepto deja sentado que «el tribunal, en cualquier estado del proceso, procura conciliar los intereses de las partes en litigio o derivarlo a la mediación» [GOR-O (138), 2021, p. 3978].

Siguiendo esa línea, el Artículo 538.1 d) reconoce, entre los cometidos de la audiencia preliminar, el de «conciliar todos o algunos [*sic*] de los puntos controvertidos, siempre que la naturaleza de las pretensiones formuladas tenga carácter disponible o derivar a la mediación en los casos que proceda» (p. 3978). Por su parte, los apartados siguientes de este precepto indican que:

> 2) Si el tribunal, en el ejercicio de la función conciliadora a que se refiere el inciso d) del apartado anterior, aprecia la conveniencia de que los litigantes alcancen un mayor grado de comunicación, al objeto de esclarecer o resolver por sí algunos de los extremos asociados a las pretensiones deducidas, puede suspender la audiencia preliminar, para que, en un plazo que no exceda de veinte días, fuera de la sede del tribunal y sin su intervención, arriben a un acuerdo.
>
> 3) Las partes están obligadas a presentar el escrito, suscrito por ambas, con los resultados alcanzados; si el acuerdo es claro y concluyente, dicta un auto en el que lo aprueba.
>
> 4) De no presentarse el escrito, no ser claros o concluyentes los términos en los que fue redactado o no haberse arribado a un acuerdo total, el tribunal dispone la continuación de la audiencia preliminar, sin renunciar a su actividad conciliadora. (p. 3978)

Como colofón, el Decreto-Ley No. 69, Sobre la mediación de conflictos [GOR-O (19), 2023, pp. 281-293], como parte de la misma línea trazada por sus antecesoras, refleja lo siguiente:

> Artículo 5. El presente decreto-ley es de aplicación al procedimiento de mediación en: a) Conflictos civiles, de familia, mercantiles, inmobiliarios, del trabajo y la seguridad social, penales y cualesquiera otros asuntos, siempre que tengan carácter disponible por tratarse de asuntos en los que las partes pueden

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> decidir por ellas mismas interesar la mediación conforme a la legislación vigente. (p. 290)

Aun cuando la norma es reciente y se concentra en solo uno de los MASC (la mediación), reafirma el consenso del uso de estas formas resolutivas en los conflictos de trabajo y seguridad social en Cuba. Además, el lenguaje técnico jurídico empleado se muestra en la misma cuerda del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069].

Los cuerpos normativos anteriormente detallados otorgan legalidad a la labor conciliadora del juez del trabajo y de la seguridad social, al emplear este mecanismo de solución en el proceso. En cualquier caso, constituyen referentes legales obligados para su actuación exitosa y ajustada a la ley. Sin embargo, una rápida mirada a sus textos, en particular al CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], permite concluir que, al igual que otras instituciones jurídicas,[1] la conciliación intrajudicial presenta un tratamiento inacabado, al omitirse en su formulación el cómo sistematizarla. En su caso, tal omisión es intencional, pues solo la práctica propia de la implementación y consolidación de la reforma procesal puede fijar las pautas o buenas prácticas de su realización, en especial en la materia laboral, en la que es mayoritaria la indisponibilidad del derecho para las partes y los jueces carecen de una práctica anterior, a diferencia del juez mercantil o familiar, que ya había incorporado esta forma de actuación. La norma procesal vigente, según se ilustra con anterioridad, muestra qué hacer, dónde y cuándo. Cabe recordar que la modificación del Código de trabajo forma parte del calendario legislativo conformado por la ANPP.

3.5. Instrucción No. 283 de 2023

El 22 de junio de 2023, el CG-TSP aprueba la Instrucción No. 283 [GOR-E (51), 2023, pp. 349-352]. Su exposición de motivos reconoce que, con la

[1] Nótese que en virtud de la facultad que el constituyente reconoce al CG-TSP fue acordada la Instrucción No. 271, de 1.º de noviembre de 2022 [GOR-E (72), 2022, pp. 1168-1172], cuyas disposiciones se encaminan a coadyuvar a que los actores económicos, ante el eventual incumplimiento de un contrato económico o la presencia de daños y perjuicios en la realización de una actividad mercantil, se comuniquen entre sí e intenten resolver sus propias discrepancias antes de acudir a los tribunales de justicia. En la materia del trabajo, destaca la Instrucción No. 276, de 22 de diciembre de 2022 [GOR-E (2), 2023, pp. 3-4), que da respuesta a las sustanciales transformaciones introducidas en la materia del trabajo y de la seguridad social con la reforma procesal.

entrada en vigor del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], dada la diversidad de materias que este regula, se detectan diferentes maneras de hacer en la celebración de la audiencia preliminar, y las de práctica de pruebas y conclusiones, apartadas de lo previsto en la disposición normativa procesal, lo que hace aconsejable uniformar la práctica judicial.

En esta oportunidad, el CG-TSP recomienda:

> [...]
>
> TERCERO: El tribunal tomará nota de los aspectos que, a su consideración, podrán ser conciliables o susceptibles de derivar a una mediación, y cualquier otro aspecto relevante que le permita encaminar su trabajo en el acto.
>
> [...]
>
> QUINTO: En los procesos ordinarios en que la convocatoria a la audiencia preliminar es potestad del juzgador, siempre que se advierta del contenido de los escritos polémicos, la existencia de excepciones procesales que deben ser evaluadas y resueltas, así como las posibilidades de una eventual conciliación o derivación a la mediación, o el debate de cualquier otra cuestión que impida entrar al fondo del asunto, el tribunal puede deferir la presencia de las pruebas personales (testigos y peritos) a que hace referencia el Artículo 535.2 del Código de procesos para una convocatoria posterior, lo que hará constar en la resolución judicial que convoque a aquella. Excepcionalmente, ante los supuestos previstos en el Artículo 580.2 del Código, podrá adoptarse igual decisión en los procesos sumarios.
>
> [...]
>
> SÉPTIMO: En el ejercicio de su función conciliadora, quien preside la audiencia identifica los intereses comunes de las partes y estimula el diálogo constructivo, de modo que estas puedan presentar sus propuestas de arreglo; de lo contrario, sugiere soluciones equitativas y mutuamente satisfactorias.
>
> OCTAVO: Durante la audiencia, el tribunal puede derivar a la mediación cuando identifique la conveniencia de que las partes construyan la solución del conflicto por sí mismas, con la ayuda de un mediador; la decisión se adopta con el consentimiento de los involucrados, a quienes el tribunal explica en qué

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> consiste este método, los principios que lo informan, las obligaciones que asumen en su condición de mediados y la fuerza ejecutiva de los acuerdos que se obtengan, si son aprobados judicialmente.
>
> [...]
>
> DÉCIMO: Al disponer la derivación del conflicto, en atención a la complejidad y las características de este, el tribunal fija el plazo en que deberá realizarse la mediación, dentro del límite de los 30 días, prorrogables por otros 10, cuando las circunstancias lo justifiquen; el plazo para mediar se computa desde el recibo del oficio a que se refiere el apartado anterior. (pp. 350-351)

Es apreciable que la instrucción realiza mayores aportes a la derivación del conflicto a la mediación, apoyada en el mencionado Decreto-Ley No. 69 de 2023, Sobre la mediación de conflictos [GOR-O (19), 2023, pp. 281-293]. En cualquier caso, queda pendiente un pronunciamiento más concreto sobre este cometido de la audiencia, el que debe estar enriquecido por la práctica judicial futura que le aporten los tribunales de justicia al uso de la conciliación intrajudicial. El juez del trabajo se muestra hoy más arropado para cumplir con calidad su encargo social, y abierto a la mirada y el aporte del justiciable, en la solución de su conflicto.

3.6. Conciliación intrajudicial, gestión de la calidad y justicia del trabajo

Tal como han expuesto Hernández y Santana (2019),

> la efectividad en el ejercicio de la función que cumplen los tribunales se materializa en la celebración de los actos y en las decisiones judiciales adoptadas, que deben ser siempre apegadas a los preceptos constitucionales y a las demás normas que sean de aplicación. (p. 35)
>
> [...]
>
> La aplicación del SGC no es una actividad adicional, constituye una herramienta mediante la cual se revisan los mecanismos de gestión para perfeccionarlos y actualizarlos, a partir del análisis del contexto de la organización, enfocado en la misión

> institucional. Se persigue incrementar el valor del servicio judicial de cara al ciudadano, ayudar a la gestión adecuada de los riesgos, completar los procedimientos documentados, realizar el control de forma integrada y tomar las decisiones basadas en las evidencias. (p. 41)

Son indicadores de eficacia, que se identifican en el SGC por la institución, la celebración del 85% de las audiencias convocadas y la obtención de igual porcentaje de audiencias evaluadas con calificación de Bien o Aceptable, por lo que es tarea de la dirección de los tribunales de justicia del país, para las diferentes materias, incluida la del trabajo y de la seguridad social, el registro y análisis de su cumplimiento en la práctica judicial.

En una materia en que los derechos que se litigan son mayoritariamente indisponibles, el cumplimiento del cometido de la audiencia, previsto en el Artículo 538.1 d) del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4051], coligado a la inexperiencia del juez, puede suponer un riesgo adicional para la labor metodológica y de control de los directivos de los órganos judiciales. El atractivo innegable que aporta la utilización de fórmulas conciliatorias en el proceso, dado su impacto en el tiempo de tramitación de los asuntos, la aceptabilidad de la decisión construida con la intervención de las partes, entre otros, no puede empañar la obligada valoración de juicio que debe hacer el ponente, de cara al conflicto que se resuelve, sobre la naturaleza de las pretensiones formuladas, para determinar si tienen carácter disponible o no, lo cual pasa por la necesidad de evaluar los puntos coincidentes en sus posiciones que favorecen el acercamiento.

Recursos como la colegiación de los asuntos y el estudio de las actuaciones con el cambio de paradigma del juez, abierto a la cultura de paz, adquieren un matiz diferenciador para garantizar el éxito de la misión de la institución, y con ello la calidad del servicio prestado al pueblo. Incluso resulta positivo, desde la dirección del órgano judicial, implementar nuevos indicadores de eficiencia y eficacia que permitan analizar en conjunto la asimilación de los MASC en el proceso, enfocados hacia el seguimiento de los acuerdos impugnados a partir de aquellos a los que se ha arribado.

Groso modo, el uso de la conciliación intrajudicial, como MASC de posible aplicación en el proceso de trabajo y seguridad social, refuerza el rol protagónico de los justiciables en la solución arribada; sin embargo, al propio tiempo, para alcanzar éxito, obliga al reforzamiento de herramientas como la colegiación y el estudio de las actuaciones.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

IV. CONCLUSIONES

Los postulados que conforman el desarrollo del SGC tributan al cumplimiento de la misión institucional y la estrategia diseñada para fortalecer los valores institucionales, a partir de la incorporación de habilidades para perfeccionar el servicio público judicial y mejorar continuamente la gestión, lo que incrementa la confianza del pueblo en la impartición de justicia.

A partir de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116], se refuerza el empleo de los MASC para dirimir las controversias, lo que tiene expresión directa en la LTJ [GOR-O (137), 2021, pp. 3929-3975] y el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], al reconocerlos y disponer el uso de fórmulas conciliatorias para resolver los asuntos que les están atribuidos, o derivar a mediación, incluida la materia del trabajo y de la seguridad social.

El uso de la conciliación intrajudicial, como método de dirimir las controversias, que refuerza el rol protagónico de los justiciables en la solución arribada, valida la visión asertiva e incluyente que asume la perspectiva de la actividad judicial como servicio público, enfocado en proporcionar, a las personas naturales y jurídicas, el acceso efectivo a una impartición de justicia pronta, transparente y eficaz.

V. REFERENCIAS

Comité Central del Partido Comunista de Cuba. (2021). *Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista* y *Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución para el período 2021-2026*.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (1988). Acuerdo No. 36. (Disponible en los archivos del TSP).

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (1988). Acuerdo No. 37. (Disponible en los archivos del TSP).

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Julio 13, 2017). Código de Ética Judicial. (Disponible en los archivos del TSP).

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Enero 25, 2016). Política de calidad del Sistema de Tribunales. (Disponible en los archivos del TSP).

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Septiembre 25, 1991). Instrucción No. 141. (Disponible en los archivos del TSP).

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Septiembre 1.º, 1994). Instrucción No. 194. (Disponible en los archivos del TSP).

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Febrero 12, 2010). Instrucción No. 197. (Disponible en los archivos del TSP).

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Noviembre 21, 2022). Instrucción No. 271. GOR-E (72), 1168-1172.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Enero 12, 2023). Instrucción No. 276. GOR-E (2), 3-5.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Julio 4, 2023). Instrucción No. 283. GOR-E (51), 349-352.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Decreto-Ley No. 121. (Julio 19, 1990). GOR-E (7), 19-20.

Decreto-Ley No. 132. (Abril 9, 1992). GOR-E (3), 7-8.

Decreto-Ley No. 176, Sistema de justicia laboral. (Agosto 15, 1997). GOR-O (28), 433-437.

Decreto-Ley No. 69, Sobre la mediación de conflictos. (Febrero 22, 2023). GOR-O (19), 281-293.

Diario Oficial de la Federación que modifica la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (s.f.). http://www.diputados.gob.x/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08.doc

Hernández Díaz, L. (Diciembre, 2018). Implementación del sistema de gestión de la calidad en el ejercicio judicial, *Justicia y Derecho*, (31), 36-55.

Hernández Díaz, L. y Santana Echerri, A. F. (Diciembre, 2019). La calidad como valor institucional que prestigia al Sistema de Tribunales Populares. *Justicia y Derecho*, (33), 31-43.

Ley No. 7, De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico. En Mantecón Ramos, A. (Rev.) (2015). Ediciones ONBC.

Ley No. 140, De los tribunales de justicia. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (137), 3929-3975.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.

Ley No. 116, Código de trabajo. (Junio 17, 2014). GOR-E (29), 453-483.

Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia. (2016). Protocolo de actuación de conciliación judicial en materia civil, aprobado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el Acuerdo de la Sala No. 122 de 7 de noviembre de 2016. https://tsj.bo/wp-content/uploads/2019/11/procolo-conciliacion-judicial-en-materia-civil-min.pdf

Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia, Tribunal Medioambiental (2021). Experiencias exitosas y buenas prácticas en conciliación agroambiental. https://www.tribunalagroambietal.bo/wpcontent/uploads/2022/01/Protocolo-de-Conciliacion-Agroambiental-en-sede-judicial.pdf

Remigio Ferro, R. (2014). Bases para fortalecer la gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial. (Investigación de la 10.ª ed. del Diplomado en Administración Pública). Escuela de Cuadros del Estado y el Gobierno.

Remigio Ferro, R. (Diciembre, 2018). Los jueces y el ejercicio de la función judicial en la actualidad: Una mirada crítica. *Justicia y Derecho,* (31), 3-11.

Resolución Conjunta No. 1, del ministro de Trabajo y Seguridad Social y el presidente del TSP. En MINJUS (1999), 169-210.

Rodríguez Coquet, R. J. (2006). L*a jurisdicción, la competencia y los procedimientos disciplinarios en el Derecho laboral cubano* [tesis doctoral, Universidad de Oriente].

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

ARTÍCULOS DE REVISIÓN QUE ABORDAN,
EXHAUSTIVA Y PORMENORIZADAMENTE,
UN ASUNTO EN PARTICULAR

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE REVISIÓN
Recibido: Julio 10, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

EL MODELO ACTUAL DE JUEZ: PAUTAS TEÓRICAS Y FILOSÓFICAS

THE CURRENT MODEL OF JUDGE: THEORETICAL AND PHILOSOPHICAL GUIDELINES

Dr. Luis Alberto Hierro Sánchez

Profesor de Derecho procesal, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana, Cuba

Código ORCID: 0000-0002-5023-5647

hierro@lex.uh.cu

Resumen

El Código de procesos, promulgado en 2021, diseña una nueva arquitectura procesal. Surge así el reto teórico de precisar los aspectos más relevantes que informan el ser y el deber ser de la actuación de los magistrados y jueces en su relación con los justiciables y los derechos respecto a los cuales se pretende su tutela. En el presente trabajo, se abordan la justificación constitucional del papel activo del juez, con fundamento en la constitucionalización del valor *justicia* y las garantías del proceso, la proactividad, como cuestión de principalística procesal, la determinación del patrón ideológico que informa la ley y la naturaleza jurídica de las atribuciones del juzgador. Por último, se realizan reflexiones acerca de algunos criterios que, en la opinión del autor, definen la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Palabras clave: Modelo de juez; activismo judicial; poderes-deberes del juez; Derecho procesal; ideología procesal.

Abstract

The Process Code, promulgated in 2021, designs a new procedural architecture. Thus arises the theoretical challenge of specifying the most relevant aspects that inform the being and duty of the actions

of magistrates and judges in their relationship with the subjects and the rights with respect to which their protection is intended. In this work, the constitutional justification of the active role of the judge is addressed, based on the constitutionalization of the value of justice and the guarantees of the process, proactivity, as a matter of procedural principals, the determination of the ideological pattern that informs the law and the legal nature of powers of the judge. Finally, reflections are made about some criteria that, in the author's opinion, define the effectiveness of jurisdictional protection.

Keywords: *Judge model; judicial activism; powers-duties of the judge; Procedural law; procedural ideology.*

Sumario

I. Introducción; II. Justificación constitucional de la postura activa del juez; III. El juez activo en el nuevo modelo procesal cubano: una declaración de principios; IV. El patrón ideológico del Código de procesos; V. ¿Facultades, potestades, obligaciones o poderes del juez? VI. Una herramienta indispensable; VII. La aproximación a la verdad como función teleológica de la prueba; VIII. Un deber inexcusable del juez; IX. Conclusiones; XI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El 1.° de enero de 2022, entró en vigor el CPR cubano, tras un largo camino de elaboración por la comisión redactora y de discusión por las instituciones del gremio jurídico en el país, como pasos previos a su aprobación por el parlamento cubano, el 28 de octubre de 2021. Se trata de una norma novedosa, cuyo modelo de enjuiciamiento se ajusta a los cánones del proceso moderno, con predominio de la oralidad y la inmediación, y con clara vocación hacia el respeto de la tutela judicial efectiva y del resto de las garantías procesales establecidas en el texto constitucional patrio de 2019. Para su logro, se promueve un tipo de juez activo, con amplios poderes en la conducción de los procesos, pues como explica Bujosa (2013):

> El reforzamiento de la posición del juez en el proceso se observa en [...] distintos aspectos del ejercicio de la potestad jurisdiccional

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> dentro de las exigencias que conlleva el ejercicio efectivo del derecho al acceso a la justicia a través del debido proceso. (p. 288)

El papel activo del juez constituye un pilar importante de la reforma y de la nueva norma procesal. Al decir de Mendoza (2021):

> En el Código de procesos cohabitan cuatro modalidades procesales, algunas de las ellas con características diferenciadoras muy acuciadas. Si bien el proceso civil y el mercantil tienen rasgos comunes, porque las normas sustantivas sobre las que versan los litigios son de naturaleza disponible, en los procesos de familia y del trabajo y la seguridad social, encontramos una profunda diferencia. En los conflictos familiares el interés superior del niño es quien conduce la batuta judicial y obliga al juez a reforzar sus facultades instructivas, lo que trasciende al plano probatorio; mientras que, en los procesos del trabajo y la seguridad social, el rasgo característico es el desbalance entre empleadores y empleados, que refuerza las facultades tuitivas del tribunal a favor del trabajador, que igualmente tiene implicaciones en el esquema probatorio de este tipo de proceso. (p. 355)

Diferencias sobre las que será necesario debatir —bastante— por la doctrina procesal nacional, pero que encuentran apoyatura en los condicionamientos filosóficos que informan el nuevo arquetipo procesal.

Por tanto, se torna necesario abundar en aquellos aspectos relevantes que informan el ser y el deber ser de la actuación de jueces y magistrados en su relación con los justiciables y los derechos respecto a los cuales se pretende su tutela. Se trata, primero, de la justificación constitucional del papel activo del juez, que tiene su fundamento en la constitucionalización del valor justicia y de las garantías del proceso; segundo, de que tal proactividad es una cuestión de principalística procesal, ya que cada uno de los poderes del juez encuentra sostén en los principios del proceso establecidos en la norma; tercero, la determinación del patrón ideológico procesal que informa la ley, o sea, de la tendencia hacia privilegiar el papel de las partes o del juez; cuarto, el análisis sobre la naturaleza jurídica de las atribuciones del juzgador, en relación con las voces potestad, facultad, obligación y poder, cual formas de expresión de la función jurisdiccional; y por último, de que la actividad del juzgador se sustenta en la correcta aplicación de las fuentes formales del Derecho, en la aproximación a la verdad como función de la prueba y

en la obligación de motivar las resoluciones judiciales que ponen fin al proceso y que tributa directamente a su cumplimiento efectivo.

II. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POSTURA ACTIVA DEL JUEZ

Las cuestiones relativas a la justicia han sido, desde siempre, interés del Estado; por tal razón se coloca la satisfacción de esa necesidad colectiva en manos de terceros imparciales, en diferentes niveles de conocimiento, función que, al tiempo que se erige como garantía de los justiciables, constituye concreción de la soberanía estatal en la forma de un poder-deber. Es por ello que la justicia presenta un claro contenido constitucional, que se aprecia no solo por su regulación como valor superior del ordenamiento jurídico, sino por la plasmación en su texto de la función jurisdiccional y las garantías del proceso. Al respecto, ver Prieto (2019, pp. 53-61; 2020, pp. 3-23).

Constituye tendencia, en los textos constitucionales contemporáneos, atribuir a la justicia el carácter de valor superior del ordenamiento jurídico. En este sentido, resulta paradigmático el Artículo 1, apartado primero, de la Constitución española de 1978, pues la declara expresamente como tal junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político. La inclusión de la justicia en esta serie de elementos homólogos hace pensar en el correlato que existe entre proceso y lo que representa la justicia en un Estado democrático, o sea, en el vínculo que se entabla entre modelo procesal y sistema político.

Al respecto, se toma como referente el Artículo 1 de la vigente Constitución cubana, CRC [GOR-E (5), 2019, p. 71], que declara a Cuba como Estado socialista de Derecho y de justicia social, que constituyen patrones internacionalmente consensuados, en correspondencia con el pensamiento jurídico más avanzado. Al respecto, afirma Picó i Junoy (2013), que

> la justicia, como valor superior [...], representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea «justo», el Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar dicho fin. (p. 50)

Esta idea descansa en la función socializadora del proceso, cuyo fundamento constitucional reside en el papel del juez como garante de la

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

efectividad de la tutela judicial reclamada, objetivo que requiere de su actividad continua y rectora de los actos procesales, proclive a un conocimiento amplio de los hechos que le permitan arribar a la verdad por vía de su convicción y que tribute al dictado de un fallo justo.

Por lo tanto, se eleva a rango supremo no solo el ideal, también la función estatal, las garantías de su correcto ejercicio y el papel protagónico de quien la desempeña. Así, el modelo procesal que se proyecta en la norma rituaria tiene como finalidad la obtención de la justicia, pues como asevera Lorca (2014, p. 93), se trata de «[…] una garantía constitucional que justifica el proceso» y, en su virtud, se les atribuye a los jueces la potestad jurisdiccional. Entonces, el valor *justicia*, constitucionalmente concebido, justifica también la postura activa del juzgador.

Lo anterior es confirmado por Klett Fernández (2018), para quien

> la intersección con las normas constitucionales robustece la necesidad de desarrollar la iniciativa probatoria del juez en defensa de los sujetos vulnerados […]. La perspectiva constitucional es necesaria en todas las ramas jurídicas, pero, en especial, en aquellas áreas del Derecho público, en las que se ubica el Derecho procesal. (pp. 606-607)

De esta forma, la regulación constitucional de la jurisdicción y las garantías procesales constituyen la base jurídica de la iniciativa material del juez y de su ejercicio a través de los poderes legalmente establecidos. Nótese la importancia de arribar a la verdad en el proceso y contar con instrumentos para su verificación, como son los poderes del juez. Por ello, se torna necesario el trazado esencial de la justicia —y de los tribunales— desde la Constitución.

De conjunto con la elevación de la justicia a rango constitucional, se debe analizar el fenómeno de la constitucionalización de las garantías procesales. Por ejemplo, el Artículo 24 de la Constitución española de 1978 [BOE (311), 1978, pp. 29315-29339] regula el derecho a la tutela judicial efectiva —también incluida en los artículos 26 y 49.1 de la Carta Magna venezolana de 1999 [GORV-O (36860), pp. 312.172-312.197]—, y algunos de los elementos conformadores del debido proceso, garantías cuyo contenido se ha ampliado a partir de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional español.

En este sentido, se regulan el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso como garantías de carácter general y, como contenido de estas, aquellas que han de observarse durante la tramitación

de todo proceso, que pueden resumirse en los principios que informan la actividad jurisdiccional y los que estructuran el proceso, postulados que, llevados al plano constitucional, se consagran como derechos fundamentales de toda persona que enfrente un proceso judicial y le imponen límites concretos a la labor del juez.

Los conceptos *debido proceso* y *tutela judicial efectiva* aparecen en el escenario normativo nacional con la promulgación de la CRC de 2019, en sus artículos 92 y 94 [GOR-E (5), 2019, p. 86], respectivamente. Poco después, se proyecta hacia el ámbito procesal a través de la Instrucción No. 245, del CG-TSP [GOR-O (32), 2019, pp. 473-477]. En el campo doctrinal, el tratamiento de estas categorías también es de data reciente; puede consultarse a Pérez y Hierro (2020, pp. 39-62; enero-junio 2020, pp. 187-206) y también a Hierro (2019, pp. 455-484).

La constitucionalización de la justicia y de las garantías del proceso impone al Estado la obligación de hacerlas efectivas. Esa aspiración debe concretarse en los aspectos fundamentales del proceso, o sea, en los principios que lo informan, las características del procedimiento y los poderes del juez; en ello radica la responsabilidad constitucional de la norma procesal (Lorca, 2014, p. 94). El juez tiene el encargo de darle una justa solución al caso que conoce porque esa, y no otra, es la finalidad social y altruista del proceso. Entonces, si se acepta el valor constitucional de la justicia, el papel del juez no puede ser el de espectador. La ley procesal constituye el vehículo para consolidar el contenido del debido proceso, pero es en la persona del juez que se humaniza y dignifica la justicia; por ello es que las normas procesales le ofrecen un abanico de herramientas que lo convierten en su principal garante, que van desde la regulación de las fuentes formales hasta los poderes relativos a la prueba, la motivación de las sentencias y su ejecución. El ejercicio de esos poderes no es ilegítimo ni responde a estándares políticos, se orienta —en todo caso— a la satisfacción del núcleo esencial de los derechos humanos.

III. EL JUEZ ACTIVO EN EL NUEVO MODELO PROCESAL CUBANO: UNA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS

Como la gran mayoría de las reformas procesales ocurridas en el espacio iberoamericano entre finales del siglo xx y lo que va del xxi, la cubana de 2021 se inserta en los moldes del proceso civil moderno

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

(escenario donde se suscitan las mayores polémicas respecto al ejercicio de los poderes del juez). Ello se debe, primero, a que el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] rompe con el tradicional modelo de enjuiciamiento decimonónico, heredado por la derogada LPCALE [GOR-O (34), 1977, pp. 417-479] de su predecesora española de 1881 (Betancourt, 1913, s.p.), que sobre la base del *solemnis ordo iudiciarium*, mantuvo vigente su método de regulación histórico. Segundo, porque el nuevo texto legal —desde su exposición de motivos— apuesta por un arquetipo de juez que deje detrás el papel de mero sujeto pasivo para convertirse en verdadero director del proceso, tanto en su aspecto formal como en el material.

Cuba no ha estado ajena a los debates sobre el papel del juez en el proceso civil que, desde posiciones extremas, abogan por reducir su actividad al mínimo —de un lado— o porque mantenga una posición activa durante todo el íter procesal —de otro. En esta tesitura, es meritorio señalar el reclamo de Álvarez Tabío, en 1946, por un papel más preponderante de los jueces en la conducción de los procesos (pp. 71-91). También debe mencionarse el proyecto de Código procesal civil de Guillermo de Montagú, de 1951, que promueve la idea de un juez con amplios poderes en la dirección del proceso (s.p.), y las ideas sobre el papel activo del juez en el pensamiento del alto magistrado cubano, expuestas en 1944, (s.p.).

La reforma procesal cubana de los años setenta recibe los efluvios de la teoría del Derecho socialista soviético e introduce un catálogo de facultades a los jueces. Cuando Véscovi, en 1978, publica sus *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, coloca a la Ley de procedimiento civil y administrativo (LPCA), de Cuba, de 1974, entre los códigos más modernos del continente americano, elogio que parte de la inserción, en el cuerpo de la ley, de un capítulo destinado a las facultades del tribunal (pp. 9 y 15).

Empero, no ha sido práctica frecuente de la judicatura el uso del abanico de posibilidades establecidos en vigencia de la LPCALE [GOR-O (34), 1977, pp. 417-479]. Con la promulgación de la LPCA, se pone fin a la vigencia de la LEC española de 1881 (Betancourt, 1913, s.p.) en Cuba. La reforma de 1977 no contiene cambios sustanciales, más bien introduce un procedimiento menos conocido en la práctica judicial cubana hasta entonces, el laboral. Las modificaciones de 2006 se concentran en la competencia por razón de la materia y la cuantía, en el recurso de

casación y el proceso de revisión, al tiempo que se incorpora el proceso económico —de ahí que cambie también la denominación de la norma—, con mayor presencia de la oralidad y la inmediación procesales.

Ni siquiera la idea de un tipo de juez propio del sistema socialista, traída del procesalismo soviético por Grillo (2004, pp. 31-37), logra consolidarse como fundamento del activismo judicial. Correspondió al CG-TSP revitalizar los poderes del juez, a través de instrucciones como la 186 [GOR-O (79), 2007, pp. 1309-1310] y la 187, [GOR-E (6), 2008, p. 27]. Aunque todas constituyen referente, en cuanto a los poderes del juez, particular relevancia merece la Instrucción 216 [GOR-O (21), 2007, pp. 681-683] que, en relación con las prerrogativas del juzgador, amplía los contornos de la función jurisdiccional en sede familiar, fundamentalmente en materia de legitimación, prueba, régimen cautelar, ejecución e inmediación con las partes, lo cual ha tenido repercusión directa en el proceso civil con la entrada en vigor de la Instrucción No. 217 [GOR-O (32), 2012, pp. 1073-1074].

Este escenario cambia sustancialmente con la promulgación del nuevo CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] que constituye una norma de alcance general que abarca y uniforma el conocimiento, la solución y ejecución de los conflictos civiles, familiares, mercantiles y los de trabajo y seguridad social. La intención unitaria del legislador procesal se evidencia desde la propia antesala de la norma (artículos 1-14), [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-3979] al colocar ordenadamente los principios que la orientan, que comprenden: independencia e imparcialidad en la actividad de los tribunales, carácter inexcusable, prevalencia de la igualdad efectiva de las partes, responsabilidad en el impulso y la dirección de los actos procesales, mantenimiento de la igualdad y lealtad, probidad en el debate judicial, y en la realización del proceso acorde con criterios de economía, celeridad y eficiencia. Como novedad, se inserta un precepto dedicado a las fuentes formales que pueden utilizar los tribunales para la solución de los casos que se someten a su conocimiento, que van desde la Constitución hasta los principios generales del Derecho y los que rigen el propio CPR, sin menosprecio del valor que tiene el decir reiterado de las salas de justicia en la conformación de criterios jurisprudenciales que, sin tener carácter vinculante, tributan a la tutela judicial efectiva.

Como se aprecia, el legislador ha querido regular los fundamentos esenciales de los procesos contenidos en la nueva ley y los relativos a la actuación del órgano juzgador. Pero en medio de este enjambre de reglas y principios, destaca el Artículo 7 [GOR-O (138), 2021, p. 3978], el

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

cual declara expresamente que los tribunales mantienen una posición activa en aquellos, con el objetivo de lograr certeza sobre los hechos. Aunque este propósito resulta menos abarcador del que en realidad tiene, representa una clara declaración de principios respecto a la postura que deben mantener jueces y magistrados en la sustanciación y solución de los litigios.

El esclarecimiento de los hechos es una de las principales funciones del órgano juzgador, pues sobre ellos recae la labor de valoración de la prueba y posteriormente el fallo del caso. Sin embargo, la tramitación de los procesos implica una serie de actos del tribunal que requieren de su constante intervención, tanto en el orden procesal como en el material. El papel del juez constituye, en los contornos de la nueva norma, una cuestión de principalística procesal, pues determina el comportamiento que debe asumir la judicatura en todo momento, ya sea el tipo procesal ordinario o sumario, ya sea la naturaleza del asunto disponible o indisponible, pues en los casos de familia y los de trabajo y seguridad social, se acentúa el protagonismo de la judicatura.

Para mantener ese papel activo durante todo el íter procesal, el juez cuenta con un abanico de poderes, regulados en el cuerpo del CPR, que le permiten desarrollar la función que les viene atribuida constitucionalmente. Los poderes del juez constituyen la base de su actuación no solo en el impulso y dirección del proceso, sino también en la toma de decisiones, por lo que abarcan dos direcciones: una, asociada a impulsar los actos del proceso, de cara a lograr una impartición de justicia expedita y eficiente; y otra, que respalda y justifica su intromisión en asuntos originalmente reservados a las partes, como paliativo al principio dispositivo, que son los conocidos y polémicos poderes probatorios e instructorios. Por supuesto, el radio de acción que permite al juez un menor o un mayor despliegue de su actividad está en dependencia de la naturaleza de los derechos para los cuales se reclama la tutela judicial; de ahí que a intereses superiores corresponda un mayor protagonismo al juzgador.

IV. EL PATRÓN IDEOLÓGICO DEL CÓDIGO DE PROCESOS

Los debates actuales sobre los poderes del juez están signados por los conflictos en torno a la influencia que tiene —o no— la ideología política

en el diseño procesal. En este sentido, Montero Aroca afirma que «[…] una ley o código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen» (2011, p. 134), en tanto para Alvarado Velloso, «[…] la atribución de poderes al juez no es una cuestión técnica sino puramente política, siendo la ideología política del legislador, la que se plasma en las normas jurídicas» (2005, p. 105). Sobre la base de esa premisa, el baremo que se ha utilizado para etiquetar a los diferentes modelos procesales de «garantistas» o «autoritarios» es el mayor o menor número de facultades de los jueces.

Con apoyo en esa dicotomía se ha pretendido la vinculación de los modelos procesales a una determinada ideología, pero lo cierto es que el matiz político del Estado no encuentra reflejo exacto en la codificación procesal. Por tanto, una cosa es la ideología política, a la cual responde el esquema sociopolítico y económico del Estado (e incluso su proyección normativa sustantiva), y otra diferente la ideología procesal, que transita la norma y se extiende al enjuiciamiento, con tendencia hacia una posición pasiva o activa del juez.

Así, cuando la norma procesal no es propensa a la iniciativa material del juez, al no regularse el poder de ordenar pruebas de oficio, prima la ideología que ubica al proceso como cuestión de partes, pues al juzgador se le reserva un papel de mero espectador. La otra vertiente ideológica, que en criterio del autor resulta acertada, es la que concibe aquel como mecanismo para averiguar la verdad y dictar un fallo basado en la justicia. Este nuevo prisma centra su atención en el papel de los jueces, de quienes se demanda un mayor compromiso con los justiciables, al asumir posiciones participativas en la impartición de justicia, como mecanismo para lograr que las leyes que protegen los derechos de los más desfavorecidos se conviertan en realidad palpable. Por ello, se coincide con Parra en que, «[…] en lo que hace al proceso, particularmente en el campo probatorio, las diversas ideologías subyacen en las normas que regulan el mencionado aspecto» (2004, p. 12).

En la actualidad, resulta difícil encontrar un código que responda únicamente a uno de estos criterios, más bien puede comprobarse la propensión hacia uno u otro, en dependencia de la regulación de los elementos esenciales del proceso. Para evaluar el matiz ideológico de una norma procesal se requiere una revisión profunda de su articulado, mediante una metodología técnico-procesal que permita concluir

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

si es proclive a una tendencia u otra; pero nunca se podrá arribar a una conclusión categórica. La regulación legal del proceso está signada por valores que se quieren ver realizados a través del ejercicio de la función jurisdiccional; entonces, si se pretende un modelo de colaboración entre las partes y el juez, o si se prefiere un sistema con predominio de lo adversarial, una decisión u otra es de tipo ideológica.

Por lo anterior, debe asumirse el vínculo entre proceso e ideología, pues ello permite interpretar el diseño procesal imperante, las instituciones que lo componen y el fundamento de las decisiones de política judicial que lo sustentan. Mientras Cappelletti (1974, pp. ix-xviii) destaca el contenido metajurídico o ideológico de las normas e instituciones del Derecho, así como los valores y principios que inspiran el sistema de justicia de todo ordenamiento jurídico, para Oteiza (2014),

> las reglas procesales y las estructuras encargadas de aplicarlas son definidas por los Estados tomando un conjunto amplio de prioridades y opciones. El diseño de la justicia civil se encuentra fuertemente condicionado por una importante gama de factores que responden a posicionamientos culturales, históricos, ideológicos, políticos, institucionales y económicos que explican las normas adoptadas y el tipo de organización previsto para darles operatividad. El sistema se estructura por las decisiones sobre las alternativas que los Estados escogen al dar forma al modelo que tiene por función resguardar el cumplimiento de los derechos. (p. 30)

Es en la ordenación jurídica del proceso, fundamentalmente en sus principios políticos y en los aspectos técnicos que guían el procedimiento, donde ha de encontrarse su sustrato ideológico. Por conducto de la ideología procesal se establecen categorías, conceptos, principios y patrones que condicionan el actuar del legislador en la conformación del tipo de proceso que adopta un ordenamiento jurídico determinado. Tal es así que, según Oteiza (2014),

> […] una política procesal que propugne por, [*sic*] un amplio acceso a la justicia, puede implicar altos costos y mayor duración de los procesos; o la restricción de los medios de prueba implica, a su vez, un costo en la justicia de la decisión. Promover una activa participación del juez en el trámite, puede generar un choque con principio dispositivo; pero, por otra parte, puede beneficiar

> la igualdad real de las partes, u otros elementos del proceso. (pp. 30-31)

Al respecto, Berizonce (2017) explica que

> la perspectiva ideológica del proceso incide en sus elementos configuradores, con énfasis en su finalidad, en la distribución de los papeles del juez y de las partes, en la estructura del procedimiento y en la regulación de la prueba. Se parte de la finalidad del proceso, porque en función de ello corresponde un determinado sistema de relaciones entre las partes y el tribunal, con matices hacia lo público o lo privado, en dependencia de la posición que se tenga respecto a la iniciativa privada y los poderes del juez. Se reconoce, igualmente, la importancia de un procedimiento bien estructurado y de la oralidad como principio que le guía, pues asegura el contacto constante del juez con las partes y la aplicación directa de sus poderes de dirección e instrucción cuando la situación procesal lo demanda y, como consecuencia de ello, coloca al juez en mejor posición para la valoración de la prueba, en función de su racionalidad y prudencia. (p. 55)

A tono con lo dicho, la determinación del patrón ideológico del CPR resulta menos compleja que el de su predecesora, aun cuando cohabitan en la misma norma procesos de diversa naturaleza y la posición del juzgador respecto a la litis y las partes que la sostienen adquiere matices diferentes en cada caso. Como se ha dicho, el Artículo 7 [GOR-O (138), 2021, p. 3978] ordena al juzgador mantener una posición activa en los procesos, fundamentalmente en materia probatoria, con vistas al esclarecimiento de los hechos y para arribar a certeza sobre ellos, activismo que se refuerza a partir del deber de los tribunales, contenido en al Artículo 5 [GOR-O (138), 2021, p. 3978], de interpretar la norma procesal de conformidad con los postulados constitucionales, en función de que prevalezcan la tutela judicial efectiva y las garantías del debido proceso. Estos mandatos se insertan en la corriente del activismo judicial que, desde un enfoque estrictamente procesal, modula la idea de un juez con un papel protagónico en el proceso.

Este activismo se asienta sobre la idea de proceso útil y justo, en el entendido de que les sirva a las partes para satisfacer sus intereses y derechos, objetivo que se logra con cumplimiento de los plazos procesales, a través de una decisión legítima y coherente con los hechos del

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

caso, la que debe ejecutarse en los términos en que fue dictada, una vez alcanzada la autoridad de cosa juzgada. Esta idea de proceso descansa en su aparato formal, en la necesidad de contar con procedimientos diferenciados y flexibles para obtener una tutela también diferenciada, sobre todo cuando se busca la protección de intereses superiores. Por su parte, el sistema probatorio debe estar signado por la posibilidad de que el juez pueda lograr un real esclarecimiento delos hechos. Para ello, debe contar con el poder de ordenar la práctica de los medios de prueba imprescindibles para la resolución eficaz del litigio, eficacia que no solo radica en que aquel tenga legalmente establecida cierta iniciativa probatoria, sino en la real utilización de esta herramienta para arribar a convicción.

El CPR se estructura sobre los principios de unidad de audiencia e inmediación del juez con los hechos, diseño que tributa directamente a una mayor intervención del juzgador. A su vez, cuenta con un catálogo de «facultades y potestades» que le permiten mantener —desde un punto de vista ordenatorio— la igualdad procesal, evitar demoras y concentrar los actos del proceso, e imponer la probidad y la lealtad en el debate judicial. En el orden correccional, puede prevenir y corregir cualquier conducta contraria a la buena marcha del proceso, para lo cual es posible aplicar las conminaciones económicas establecidas en la ley y, en caso necesario, auxiliarse de la fuerza pública. Desde la perspectiva del esclarecimiento de los hechos, puede convocar a las partes en cualquier estado del proceso para su interrogatorio, así como a testigos y peritos a los fines de que que ofrezcan explicaciones necesarias sobre el objeto del debate. Respecto a su iniciativa material, se regula con amplitud la prueba de oficio para todos los procesos, a fin de obtener certeza sobre los hechos, criterio que se refuerza y se expande hacia la búsqueda de la verdad material en los procesos de corte indisponible. Con matiz instructorio, se hereda de la LPCALE la posibilidad de introducir por el tribunal nuevos elementos, relacionados con el objeto del proceso y siempre que se les instruya para que aleguen y prueben lo que consideren pertinente.

Con lo anterior, se evidencia la amplia gama de atribuciones con que cuenta el juez cubano para la resolución de los litigios que conoce. Sin embargo, la cuestión no queda del todo despejada en cuanto a la función de la prueba en los procesos de corte dispositivo. Con amparo en el Artículo 292.2, el tribunal puede disponer la práctica de las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los

hechos controvertidos, lo que conecta directamente con el Artículo 7 en cuanto a la obtención de certeza, regla que rige para todos los procesos regulados en el CPR [GOR-O (138), 2021, p. 3978], sin distinción, pero su aplicación práctica se circunscribe al civil y al mercantil en atención a la naturaleza privada de los conflictos, pues, para los de familia y los de trabajo y seguridad social, se robustece el cometido epistemológico de la función probatoria de oficio, ya que el apartado tercero prácticamente ordena al tribunal la realización de las pruebas necesarias para formar convicción sobre los hechos, sin que para ello importe si están unidos al proceso, o no.

Empero, el CPR mantiene vigente el Artículo 45 de la LPCALE, ahora en su número 62. Mantecón (2010) realiza un análisis bastante exhaustivo respecto a este Artículo 45. Al respecto, plantea que

> [...] en función de un interés de conocimiento, se permite al órgano que juzga remover el estado del proceso una vez que se ha concretado el *tema decidendi,* se pone de manifiesto que el legislador ha pensado y ha querido diseñar un juez comprometido a fondo con la búsqueda de la verdad. Es ésta y no otra la lectura que puede hacerse de un precepto que indudablemente traza pautas, además, en cuanto a la ideología y la función de la prueba. (p. 50)

La presencia de este precepto establece una clara excepción a los principios dispositivo material y de aportación de parte, y aunque no está relacionado directamente con la prueba, su propósito se aproxima más a un acercamiento a la verdad material que al de arribar a certeza sobre los hechos controvertidos. La doctrina cubana ha dicho, con meridiana claridad, que se trata de un poder relacionado con los procesos de tipo indisponible. Según el profesor Mendoza (2015), la vigencia del principio de oficialidad encuentra cabida en aquellos tipos procesales en los que el Derecho que se aplica no es disponible por existir un interés superior tutelado, como son las relaciones de familia, los daños al medioambiente, el derecho de los consumidores y usuarios, etc. Sin que tenga una delimitación totalmente clara, un matiz de este principio se puede ver manifestado en el Artículo 45 de la LPCALE (p. 199).

El objetivo de referencia se encuentra claramente incluido en el Artículo 292.3 [GOR-O (138), 2021, p. 4019], relativo a la prueba de oficio en los procesos de familia y de trabajo y seguridad social, en que la aproximación a la verdad se convierte en objetivo de la actividad probatoria del tribunal.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Sin embargo, el 62 [GOR-O (138), 2021, p. 3989], al ubicarse en la parte general del CPR, irradia hacia todos los procesos y puede resultar de aplicación en caso necesario. Por tanto, no queda completamente clara la renuncia a la búsqueda de la verdad como finalidad de la prueba en particular y del proceso civil en general, como se ha dicho en ocasión anterior, al menos en el trazado teórico de la norma, pues recuérdese que el uso de este poder fue de muy escasa utilización durante la vigencia de la LPCALE. En 2021, Mendoza refirió:

> Obsérvese el abandono que se hace del término «verdad objetiva», que enunciaba la doctrina cubana precedente, que se sustituye por la expresión «certeza», lo cual no implica [...] que el juez carezca de facultades probatorias en todas las modalidades procesales, las que tienen una mayor intensidad en los procesos de familia y del trabajo, en los que no deja de ser un desiderátum la obtención de la verdad de los hechos, por lo que se eleva el estándar probatorio en estas materias. (p. 355)

Se ha dicho, con cierta razón, que el salto a la congruencia desdibujaría la esencia del proceso civil, porque este no puede, aun en sus contornos publicistas, resultar ajeno a la naturaleza de los derechos patrimoniales que en él se tutelan. Sin embargo, no se quiere significar que el actuar oficioso del tribunal suplanta el objeto del proceso establecido, sino que le permite ampliar o reducir, en casos muy justificados, el cuadro de elementos sobre los que debe fallar, modificación que tiene carácter excepcional y precisa una resolución motivada que justifique la decisión tomada, con respeto a las garantías mínimas del proceso, que estriban en el derecho a ser escuchado y a probar, a lo que se añade el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, a través de la denuncia de una posible incongruencia, incluso en sede de recurso de casación. Lo que parece un imposible jurídico, existe y encuentra expresión normativa en algunos ordenamientos. Al respecto, la regulación del Código procesal civil de la RSFSR, de 1964, en época del socialismo soviético, establece claramente en qué supuestos puede el juez saltarse la congruencia, o sea, cuando se trata de intereses estatales, colectivos y superiores a los puramente individuales. Sobre esto, explica Gurvich (1971) que:

> [...] entran en el ámbito de la probación judicial los hechos que el tribunal considera sustanciales para la resolución del litigio, aun cuando las partes no los invoquen. La independencia del tri-

> bunal soviético respecto de los hechos, señalados por las partes y su derecho de investigar también otros hechos, sustanciales para el asunto, asegura la posibilidad de hallar la verdad en el litigio [...]. (p. 227)

Por tanto, el uso de esta herramienta no puede catalogarse de ilegítimo, pues existe regulación legal que faculta al juez para ello, como también existen los mecanismos procesales para dejarla sin efecto, si su resultado materializa un exceso en el desempeño de la función jurisdiccional.

V. ¿FACULTADES, POTESTADES, OBLIGACIONES O PODERES DEL JUEZ?

Está claro que la función del juez en el proceso se resume, genéricamente, en conocer, juzgar y ejecutar lo juzgado. Pero ese poder general, explica Fairén Guillén (1972):

> [...] se individualiza por su calidad de potestad, de llevar ínsita una fuerza de mando —autoridad— basada en la superioridad de uno de sus elementos —juez— sobre las partes, por una autoridad que se manifiesta, aún antes del juzgar definitivo —en la sentencia—, en todo lo que supone el instruir, el preparar el juicio, lo cual supone labor juzgadora; y que se reafirma en la ejecución. (p. 84)

Como dijo Masciotra (2014), se trata de

> [...] reconocerle al órgano jurisdiccional poderes en cuanto potencia de mandar a las partes, que se travisten deberes, pues es insoslayable el ejercicio de aquellos a los efectos de la mejor realización de la actividad jurisdiccional, y especialmente cuando lo exige la tutela efectiva de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico y el resultado útil de la jurisdicción. (p. 17)

Pero no ha sido tarea sencilla la determinación de la naturaleza jurídica de las atribuciones del juez. La cuestión estriba en relacionar lo que puede hacer el juzgador con las clásicas voces *derechos*, *facultades*, *potestades*, *poderes*, e incluso *obligaciones*. Algunos autores, por ejemplo Sentís (1957, p. 155), igualan los conceptos de *deber* y *facultad* y, en consecuencia, no consideran un error técnico la nomenclatura empleada por la mayoría de los códigos procesales, pues facultades y deberes no son sinónimos en el ámbito jurisdiccional. Para otros (Alvarado,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

1982, p. 9), constituyen cuestiones diferentes y se ciñen a su clásica regulación como facultades —de un lado— y como deberes —de otro—, mientras que otro sector las concibe como potestades.

Explica Sentís (1978) que «no es por vía de la *facultad* por la que veremos resuelto a satisfacción el problema, ni siquiera en su aspecto puramente terminológico y no obstante las citas rúbricas legales» (p. 188).

En otro sentido, Mendoza (2001) considera que la función jurisdiccional se compone de un «[…] conjunto de potestades de naturaleza exclusivamente estatales que se le conceden a los tribunales para garantizar lo que constituye su razón de ser esencial, que es la administración de justicia, o sea, su desempeño jurisdiccional» (p. 72).

Aunque el ejercicio de la jurisdicción constituye una situación jurídica de poder, no se trata de una de las que, reconocidas por el ordenamiento jurídico, se compone de facultades que se atribuyen a su titular para la satisfacción de derechos subjetivos. De hecho, es también una situación de deber, ya que lo debido por los tribunales es la tutela judicial y la observancia de todas las garantías procesales. Las partes se convierten en acreedoras de dicha tutela, pero no se cristaliza una obligación en sentido privado, sino de un deber jurídico de carácter público, ya que el vínculo que se genera entre jueces y partes no es de tipo patrimonial, ni su cumplimiento puede ser exigido por estos últimos. No existe, de hecho, un tipo de sanción para el juez que no ponga en práctica los poderes establecidos en la ley; en consecuencia, solo le es exigible responsabilidad judicial por culpa o error inexcusable. Es el concepto de potestad y su tradicional escisión en discrecional y reglada, el que marca los derroteros de las funciones estatales, incluida la jurisdiccional.

Pero se coincide con Sentís (1978) en que «es el concepto de *poder* el que nos interesa, porque es susceptible, hasta etimológicamente, de resolvernos el problema de lo que los jueces *pueden* o *podrán*, que todavía se nos presenta bastante confuso» (p. 188). El alcance conceptual de la voz *poder* es tal que Carnelutti (1944) lo reconoce como «[…] idoneidad para modificar el mundo, traduciendo la posibilidad en existencia. […] no es más que la expresión subjetiva del mandato y significa, por tanto, posibilidad de mandar (para la composición de un conflicto de intereses)» (pp. 60-61). Por tales motivos, Masciotra (2014, p. 13) opina que el término *poder* es el que mejor se inserta en la lógica jurisdiccional porque

potencia un papel activo del juez en el proceso, lo que refuerza cuando aduce que tales poderes constituyen, a su vez, deberes.

El CPR regula estas atribuciones en su capítulo VI —aunque no todas se concentran en este apartado, como la prueba de oficio, que se regula en la propia materia probatoria—, bajo la denominación de «facultades y potestades del tribunal», en atención al carácter facultativo o preceptivo que pueden tener. Sin embargo, su naturaleza —ordenatoria, instructoria y probatoria— y su cometido —formal y material—, determinan que se trata de verdaderos poderes. Se prefiere esta denominación, ya que abarca todas las posibilidades de actuación del juzgador, las que la ley le impone con carácter obligatorio y las que deja a su buen criterio, de acuerdo con la oportunidad procesal y el mérito del caso. Se les conoce también como poderes-deberes, que no resulta inapropiado, pero deja fuera —en opinión del autor— el ámbito discrecional de su actividad, pues al tratarse de deberes implicaría obligatoriedad de actuación en todo caso. Se hace referencia a la discrecionalidad judicial con sustento en el arbitrio y la prudencia del juzgador, lo que no puede confundirse con arbitrariedades o excesos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Al respecto explica Berizonce (2017) que

> los actos jurisdiccionales —al igual que lo que acontece con los actos administrativos— implican el ejercicio de poderes funcionales otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo cual apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad. (p. 72)

El vocablo *poderes* indica la concesión de autoridad a los tribunales para dirigir el proceso y adoptar las decisiones judiciales correspondientes, por tratarse de los depositarios de la potestad jurisdiccional, una vez que su titular (el Estado) los inviste de la responsabilidad de responder siempre ante los reclamos de los ciudadanos, con la efectividad que requiere la impartición de justicia.

VI. UNA HERRAMIENTA INDISPENSABLE

Aunque el tema de la aplicación de las fuentes formales del Derecho es de una dimensión tal que da para un estudio independiente, y sobre él existen más puntos de ruptura que de consenso, algo debe decirse. Es propia de un Estado de Derecho la visión y aplicación integradora

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

de las fuentes que componen el ordenamiento jurídico, desde la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y normas de menor rango, los principios y valores que lo informan y la jurisprudencia que sientan los tribunales de justicia. Esta tesis es la que mejor fundamenta la aplicación racional y motivada del Derecho, que demuestra su evolución ascendente y da al traste con las teorías exegética o formalista y reformista o antiformalista del Derecho, prevalecientes durante el siglo xix y buena parte del xx, respectivamente. Las tensiones entre ambas corrientes tienen su punto descollante en el debate entre positivismo y principalismo, que profundiza en aspectos de muy disímil naturaleza, como la función del Derecho, las intromisiones de la política en el ámbito jurisdiccional y la discrecionalidad judicial, con énfasis en los modelos de juez frente a la solución de «casos fáciles» y «casos difíciles».

En opinión del autor, la aplicación directa de los postulados constitucionales, de las leyes, pero también de los principios y valores que rigen el ordenamiento jurídico, que se concretan en las sentencias de los jueces a partir de su interpretación y construcción lógica, con apego a la justicia y a la verdad, constituye la mejor forma de realización del Derecho, en los contornos de un Estado de Derecho y, aunque esta conclusión es ciencia constituida desde hace algún tiempo, sigue siendo uno de los principales escollos que enfrentan todavía los jueces (Wroblesky, 1989, p. 61).

Ha sido preocupación de la doctrina procesal cubana reciente el estudio de las fuentes formales del Derecho procesal. Refiere Mendoza (2015) que

> las fuentes formales tienen naturaleza material o procesal, en correspondencia con el ámbito en que operan. Las materiales son aquellas que el juez utiliza para resolver en cuanto al fondo de la controversia, mientras que las procesales son las que debe tener en cuenta en la tramitación del asunto. (p. 70)

Sin embargo, existe un antecedente en el pensamiento procesal cubano que revela la importancia del tema. Se trata del proyecto de Código procesal civil de Montagú, de 1951, que impone al juez el deber de ajustar las resoluciones judiciales a la ley y lo obliga, de esta forma, a argumentar y fundamentar cada una de sus decisiones, cual garantía de los justiciables. En este sentido, y quizás sin proponérselo, ofrece un catálogo de fuentes formales que el tribunal puede utilizar para resolver los casos sometidos a su competencia, como son los principios del Derecho, la costumbre del lugar y las orientaciones generales de la

jurisprudencia, en supuestos de ausencia de ley, insuficiencia de ella o silencio legal (s.p.).

Montagú coloca —magistralmente— un artículo en su proyecto de ley que sirve de herramienta al juez a la hora de resolver los casos que conoce, pues en ausencia de ley —fuente principal— aplicable, puede servirse de los principios generales del Derecho, la costumbre y la jurisprudencia. Sin embargo, ni en vigencia de la LPCALE ni del Código civil cubano [GOR-E (9), 1987, pp. 39-81] ni de la CRC de 1976 (Torres y Suárez, 2018, pp. 933-950), como tampoco en la Carta Magna de 2019, se aprecia un precepto legal que informe al juez sobre los instrumentos jurídicos de que dispone para dictar su fallo, carencia que provoca no pocas confusiones en cuanto a la inclusión —o no— de algunas de las categorías que comúnmente integran un catálogo de fuentes formales.

El profesor Grillo (2004), bajo el influjo de las concepciones teóricas soviéticas imperantes en los años en que desarrolla su obra, afirma que la única fuente formal del Derecho procesal civil es la ley, que en un sentido amplio abarca cualquier acto normativo emanado del legislativo, desde la Constitución hasta el resto de las leyes que integran el ordenamiento jurídico. Esta situación se torna más aguda; de un lado, debido a la exclusión de la jurisprudencia como fuente formal y, de otro, por la errónea identificación que de esta se hace con las instrucciones que emite el CG-TSP, en su condición de autoridad creadora de Derecho.

Al respecto, Matilla (2004) refiere que

> […] se asume que [*sic*] inequívocamente que el sustrato material de esos instrumentos jurídicos lo constituyen los fallos —que son la manifestación de la experiencia judicial por excelencia— que se realizan cuando se llevan ante los órganos jurisdiccionales, sobre todo ante el de superior jerarquía, los diferentes casos que se suscitan, y de ellos se extraen reglas o normas generales que se elevan al carácter de obligatorias, a través de la formalización instrumental de las instrucciones. En consecuencia, la jurisprudencia —la regla jurídica creada por los tribunales, en especial por el supremo, en su actividad judicial—, quiera o no, verse así, es la indiscutida fuente material de las referidas instrucciones y se le debe considerar como tal, con lo que puede afirmarse, sin ambages, que la fuente formal del Derecho creado por el Tribunal Supremo Popular de Cuba, viene expresada por las instrucciones, dictámenes y acuerdos que dicta, pero la fuente material de ese Derecho es, básicamente, la jurisprudencia. (pp. 136-137)

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

No obstante, no pueden identificarse las disposiciones del CG-TSP con la jurisprudencia, atendiendo a la naturaleza de la función en cada caso, pues los dictámenes e instrucciones del órgano gubernativo del máximo foro cubano, en virtud de su potestad normativa establecida en la CRC y la LTJ, se inserta en los contornos de la función judicial en sentido amplio, mientras que la jurisprudencia la sientan las salas de justicia en el desempeño de la actividad jurisdiccional.

Siguiendo a Mendoza (2015, pp. 66-77), el tema de las fuentes formales del Derecho procesal estriba en determinar aquellas categorías que debe tener en cuenta el juez para resolver un conflicto; integran el catálogo los instrumentos jurídicos que este puede utilizar y que las partes pueden invocar para sustentar sus pedimentos. De esta forma, se excluye de ese listado lo que no conmina al juez de forma preceptiva en la solución de un diferendo y que las partes no pueden argüir como violado, en caso de que el tribunal las haya obviado al adoptar su decisión. De lo anterior se deduce que todo lo que el juez esté constreñido a utilizar para fundamentar jurídicamente la solución de un caso integra el sistema de fuentes formales; en oposición, aquello que pueda ayudar e incluso influir en la toma de la decisión, pero que el juez no esté obligado a observar, no lo compone.

Sobre la base de esta concepción, el legislador del CPR tiene a bien incluir, en la antesala de la norma, un catálogo amplio de fuentes formales que puede emplear el juez en la tramitación y solución de los conflictos. El Artículo 4.1 [GOR-O (138), 2021, p. 3978] obliga al tribunal a resolver conforme a la CRC, los tratados internacionales firmados y ratificados por el país, las leyes y otras disposiciones normativas, las interpretaciones y los pronunciamientos que sobre las leyes realice la ANPP y su Consejo de Estado (CE), las disposiciones dictadas por el CG-TSP para uniformar la práctica jurisdiccional, así como los principios generales del Derecho y los que informan el modelo procesal imperante. Como se aprecia, es la ley la fuente principal, incluida la Constitución, tantas veces olvidada hasta por los propios jueces. Como complemento, se incluyen las interpretaciones que realiza el máximo órgano legislativo y su representante entre un período y otro de sesiones parlamentarias, además de las que realiza el órgano de gobierno del TSP, también dotado de iniciativa legislativa, disposiciones que han resultado de vital importancia en la puesta en práctica de los poderes del juez, pero también para la democratización y transparencia del sistema judicial cubano.

Según el presidente del TSP,

> […] se abre paso, de forma creciente, la visión asertiva e incluyente que asume la perspectiva de la actividad judicial, como servicio público enfocado en proporcionar […] el acceso efectivo a una impartición de justicia pronta, transparente y eficaz. […] El referido replanteo conceptual del ejercicio de la función judicial con enfoque de servicio público supone la jerarquización, a nivel institucional, individual y colectivo, de valores como la responsabilidad, el compromiso, la transparencia, el sentido de justicia y la actuación diligente, junto a otros que […] se concreten en la implementación de buenas prácticas en la actuación de los tribunales y jueces, que aseguren la prevalencia de las garantías y derechos de quienes son parte de los procesos. (Remigio, 2018, p. 7)

Sin embargo, se atribuye —por vez primera— valor supletorio a los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes formales [para ampliar al respecto, *vid*. González (2018)]; nunca habían estado ausentes del panorama jurisdiccional patrio, pero sin reconocimiento legal hasta el momento. Aquellos, no pocas veces, constituyen la fuente de justa solución de los casos que se someten a criterio de los tribunales, bien porque la norma no la contiene, bien porque al ofrecerla no resulta justa y pertinente a sus características particulares. A ello súmese, también con efecto positivo, el reconocimiento de los principios procesales que informan el nuevo modelo procesal con el mismo propósito, en virtud de su carácter orgánico, estructural e instrumental, y de su utilidad para el buen desarrollo de la actividad jurisdiccional y su eficacia.

Otra cuestión de relevancia práctica, asociada al uso correcto de las fuentes formales del Derecho, es el poder discrecional otorgado a los jueces en el Artículo 64 [GOR-O (138), 2021, p. 3989] de la norma, según el cual el tribunal queda facultado para actuar de acuerdo con su prudente arbitrio, pero con criterio racional y sentido de lo justo en el caso concreto, en los contornos que permiten la CRC y la legalidad, poder que se nutre también de lo establecido en el Artículo 58.1 —trasunto *mutatis mutandi* del Artículo 40 de la LPCALE— [GOR-O (34), 1977, pp. 421], cuando en situación de evidente indefensión y sin solución legal específica, el tribunal queda libre para adoptar la decisión que mejor convenga para restablecer el equilibrio procesal, posibilidad de actuación que la doctrina cubana ha definido como arbitrio judicial y la

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

considera como fuente formal —al respecto, Mendoza (2015, p. 81), y Andux y Manso (2016, pp. 28-29)—, a tono con su finalidad resolutiva.

Como se aprecia, el uso de las fuentes formales por el juez no puede realizarse de forma festinada. Él no es un electrón libre apartado del núcleo de su átomo, sino sujeto fundamental de la relación procesal, cuya existencia está marcada por el ejercicio de sus poderes y deberes en función de los justiciables. Por ello, la interpretación y aplicación del Derecho debe realizarse, como se vislumbra en el Artículo 5 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 3978], conforme a la CRC y para que prevalezca la tutela judicial efectiva y las garantías del proceso. Se trata, en consecuencia, de un límite necesario y esencial para la actuación del juzgador.

VII. LA APROXIMACIÓN A LA VERDAD COMO FUNCIÓN TELEOLÓGICA DE LA PRUEBA

El proceso constituye el escenario en que se concreta el poder estatal a través de la función jurisdiccional; pero dicho ejercicio debe garantizar —en toda su magnitud— la justicia, que es tanto como decir la eficacia del proceso en su grado más alto. Al decir de Alfaro (2018, p. 255), este propósito condiciona el problema de los poderes del juez, de un lado porque a través de él se consuma la jurisdicción como autoridad; y, de otro, porque el proceso se debe organizar de forma tal que el ejercicio de dicha autoridad se haga coincidir con la justicia. La determinación de la verdad de los hechos constituye finalidad de la prueba, pues no se concibe el dictado de una sentencia que se base en hechos falsos o erróneos. Como afirma Parra (2007), «toda actuación judicial, sin ningún tipo de distingo, debe buscar la verdad de los hechos, para sobre ellos hacer descender el ordenamiento jurídico. Cuando no se reconstruyen los hechos como realmente ocurrieron estamos juzgando otro asunto» (p. 159); o de forma más sucinta, según el filósofo Frank (1950), «ninguna decisión es justa si está fundada sobre un acertamiento errado de los hechos» (p. 95).

La verdad y su relación con el proceso es uno de los temas más discutidos por la doctrina (Taruffo, 2005, pp. 21-88; Ferrer, 2005, p. 55). Sus variados ángulos de análisis hacen de su abordaje teórico una tarea de gran calado, que trasvasan el prisma de lo estrictamente procesal. Por tal razón, su vínculo con la prueba judicial resulta el cauce apropiado para

esclarecer la pertinencia de los poderes materiales del juez en general y particularmente los probatorios. El juez debe ejercer estos poderes no solo por su condición de director del proceso, sino porque al serlo, es el sujeto de la relación procesal encargado de la función epistemológica, que se traduce en el conocimiento de la verdad de los hechos sobre los que dicta sentencia. En otras palabras, el otorgamiento de poderes al juez encuentra justificación en la responsabilidad del Estado de aplicar el Derecho con criterio eficiente, lo cual es posible a partir de la reconstrucción de los hechos de acuerdo con la realidad.

La prueba constituye la columna vertebral del proceso civil, tanto en su aspecto técnico como en su perfil ideológico y, desprendido de este último, se reconoce el valor relativo de la verdad, en dependencia de la posición que se adopte respecto a su finalidad. Como premisa, debe asumirse una postura teleológica, para comprender la causa final del trazado normativo de la prueba en un ordenamiento procesal, como herramienta al servicio del derecho a la defensa de las partes, pero también del tribunal en su cometido de impartir justicia. Esta conexión es descrita por González Lagier (2006), para quien

> […] dar por probado un hecho no significa afirmar que es verdadero, sino que a la luz de la información de que disponemos, puede afirmarse razonablemente que lo es. La aproximación a la verdad sigue siendo el objetivo de la prueba. (p. 128)

Al decir de Nieva Fenoll (2010), «[…] si la prueba no tiene esa finalidad, el proceso sería en realidad una pantomima de enfrentamiento ante un espectador forzado: el juez» (p. 149).

Con Taruffo (2012, p. 31), se coincide en que el objetivo filosófico de la prueba pasa por una variedad de criterios, que de forma abreviada se resumen en dos proyecciones, de corte persuasivo y cognoscitivo, respectivamente. Según la primera, la prueba constituye un instrumento de persuasión para el tribunal, cuyo objeto es la creación de certeza para la solución definitiva de un conflicto. Sobre esta concepción, explica Mantecón (2010): «No importa tanto resolver con justicia el conflicto como finiquitar la controversia y lograr —mal o bien—recomponer la relación jurídica […]» (p. 37). Ello quiere decir que tiene el carácter de «verdadera» aquella conclusión basada en la narración coherente de los hechos en la sentencia. Desde el segundo punto de vista, la finalidad de la prueba es cognoscitiva; de ahí que la fijación de los hechos tenga como designio establecer la correspondencia entre estos y la realidad

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

objetiva. La prueba asume una función epistemológica, convirtiéndose en instrumento de conocimiento para el juez, que debe tener en cuenta que la verdad no se manifiesta pura y siempre lleva aparejado el sesgo de la subjetividad. Por supuesto, lo ideal sería, entonces, una teoría intermedia que considere la averiguación objetiva de la verdad, pero motivada en la sentencia, una vez que el juez se ha convencido de ella.

Determinar la finalidad de la prueba adquiere relevancia para su valoración, primero, y para la motivación de la sentencia, luego. Un sistema procesal que tenga como finalidad la aproximación a la verdad debe basarse en la libre apreciación del material probatorio, o al menos en su predominio sobre las pruebas legales. Conocer la realidad de los hechos implica, para el juez, acudir a las máximas de su experiencia y su racionalidad para arribar a un juicio de valor que, aunque basado en probabilidades, se sustenta en su iniciativa material, que se despliega a través de los actos autorizados por ley para comprobar los datos aportados al proceso, o sobre los que considera que deben ser probados aun cuando no obran en él. Ello encuentra reflejo en el deber de motivación de las sentencias, ya que esa operación requiere ofrecer razones que validen el sentido de lo justo y el convencimiento al que se ha arribado. Con razón, Ferrajoli (1997) afirma que

> las sentencias [...] exigen una motivación fundamentada sobre argumentos cognitivos en los hechos y recognitivos en el derecho, de cuya aceptación como «verdadera» dependerá tanto su validez o legitimación jurídica o interna o formal, como su justicia o legitimación política o externa o sustancial. (p. 7)

En este contexto, la fijación de los hechos es una tarea fundamental del juzgador, debido a su carácter concluyente para su labor de interpretación y la aplicación integral de las fuentes formales que sirvan al caso. Por ello, la justicia de la decisión depende, en buena medida, de la precisión con la que se realice esta operación, que de ninguna manera puede recaer sobre hechos falsos. Por tal razón, deben desecharse las teorías que niegan la averiguación de la verdad como finalidad de la prueba, que desde diversos puntos de vista sostienen que el proceso se dirige a la solución del litigio y una vez logrado ese fin, de poca o ninguna relevancia resulta que la decisión adoptada por el tribunal sea injusta por estar basada en criterios falsos o erróneos sobre los hechos. Piénsese, por ejemplo, que en un proceso sobre responsabilidad civil se libere de su carga a quien verdaderamente comete el daño porque

llega a contar mejor su historia o porque, como parte material, resulta más fuerte. Evidentemente, el proceso no trasluce su efectividad en un doble sentido porque no se logra la justicia del caso al no determinarse la verdad de los hechos, y porque no se logra resarcir a la víctima del ilícito civil, penal o administrativo. Se frustraría así el ideal de justicia y la credibilidad en el sistema de justicia.

Entre esas posturas, se encuentra la que concibe el proceso como mera competición, tipificado en el sistema adversarial norteamericano, cuestión que, desde 1906, hace notar Pound, al hablar por primera vez de una teoría deportiva de la justicia en *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (1964, p. 281). Resolver el pleito es suficiente, con observancia de las formalidades y la prevalencia del derecho material de quien resulte vencedor. Recuérdese que ese modelo procesal no se estructura funcionalmente para la búsqueda de la verdad, por lo que la justeza de la decisión final del caso es irrelevante. En línea similar, existe la idea de que el proceso es una suerte de obra teatral montada sobre los ritos del procedimiento, que legitima a la justicia por su aspecto formal, no por su contenido (Taruffo, 2013, p. 242; Damaška, 1986, pp. 122-123).

El andamiaje procesal de un país, como instrumento técnico, no está legitimado por sí solo para catalogar de justas las decisiones judiciales. Si ello fuera así, el período del procedimentalismo francés predominante durante todo el siglo xix hubiese significado el límite científico de los estudios procesales. El juego de roles establecido por las partes, marcado por un rígido ritualismo, sería suficiente para legitimar la justeza de los fallos en que los jueces declaran vencedor al litigante más sagaz. Así, resulta irrelevante si los hechos presentados por las partes son verdaderos o falsos porque lo importante es que se han observado las formas del proceso y con ello se ha «administrado» justicia.

Se llega a hablar incluso de renuncia a la verdad, objetivo que según Montero (1998, pp. 26-28) está determinado por las características propias del proceso civil. En este sentido plantea, en primer lugar, que los hechos no afirmados por al menos una de las partes no existen para el tribunal, que no puede salir a buscarlos. Segundo, pondera los afirmados por ambas partes o por una y admitidos por la otra, que existen para el tribunal y no puede desconocerlos en su sentencia. Por último, se refiere a los hechos controvertidos, recordando que la actividad probatoria de oficio no es una labor de investigación, sino

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

solamente de verificación. Al respecto, Mendoza (2005, p. 39) refiere que esta idea se sostiene en el reconocimiento de que en el proceso civil se busca una certeza, que se alcanza con la prueba aportada al proceso, no a través de la búsqueda de la verdad.

Empero, asumido que la aproximación a la verdad constituye el objetivo fundamental de la prueba, se coincide con Peyrano (2011, p. 1087) en que, dentro del proceso civil, «[…] con contradictorio y prueba producida, se puede llegar a la verdad, pero ello no es seguro ni puede serlo», ya que en el ámbito procesal, como en cualquier rama jurídica, no puede hablarse de verdad absoluta —entre otras razones porque el proceso constituye un escenario epistemológicamente imperfecto, como explica Hunter Ampuero, pero que no impide que a través de la prueba se pueda llegar a la verdad o falsedad de los hechos. (pp. 82-83). Se trata de un concepto relativo, al decir de Taruffo (2013), porque

> […] no coincide exactamente con la verdad alética o categórica. En el proceso, la verdad alética representa un valor reglamentario y constituye […] un punto de referencia que sirve para indicar la dirección en que deben estar orientados los procesos cognitivos que surgen concretamente en la práctica. (p. 248)

Por ello, lo que puede lograrse es una aproximación mayor o menor a la realidad de los hechos, en dependencia de la calidad, utilidad y extensión de la información que sobre ellos se obtenga (Taruffo, 2003, p. 87), bien por cuenta de las partes o del propio tribunal.

Por verdad relativa no puede entenderse, en ningún caso, aquella que se refiere a la de cada individuo en particular, que desde una postura radical se construye sobre la creencia de que cada sujeto es poseedor de la suya propia. De ser así, no tendría sentido un proceso judicial «contradictorio» en el que las alegaciones de las partes pueden resultar «verdaderas» y, por tanto, no confrontables entre sí; ello tendría lugar si la prueba cumple una finalidad persuasiva del órgano juzgador. La relatividad a la que se hace referencia, al decir de Taruffo (2013, p. 245), es la que se establece sobre la base de probabilidades lógicas, resultado de deducciones a las que se arriba producto de la calidad de las aportadas y el razonamiento que sobre ellas se hace. En este sentido, resulta de mucha utilidad la herramienta de los estándares de prueba, ya que de su correcta aplicación depende la determinación de la verdad y, como consecuencia, de la justicia.

En el caso del proceso civil establecido por la LPCALE, la función cognoscitiva de la prueba es a la que más se aproxima su regulación, debido al poder instructorio contenido en el Artículo 45 [GOR-O (34), 1977, pp. 421], cuando el tribunal excede la congruencia y, sobre todo, a que las pruebas para mejor proveer tienen como objetivo el cabal conocimiento de la verdad, según la regulación del 248 de la norma [GOR-O (34), 1977, pp. 437]. Sin embargo, ello no puede afirmarse de modo absoluto porque, en el entramado normativo de cualquier sistema procesal, es apreciable su combinación con la función persuasiva, aunque debe predominar una sobre otra, en correspondencia con su orientación ideológica que, en el caso de la LPCALE, se dificulta debido a la conjunción del planteamiento ideológico soviético con el método de regulación heredado de la LEC española de 1881 (Betancourt, 1913, s.p.), que deja más dudas que soluciones respecto a la función de las instituciones procesales.

En el CPR la cuestión no resulta clara, como se ha manifestado ya. Desde la exposición de motivos, se decanta el legislador por un reforzamiento del papel del juez, lo que se corrobora en su Artículo 7 [GOR-O (138), 2021, p. 3978], el cual establece que los tribunales mantienen una posición activa en los procesos, con el propósito de lograr la certeza sobre los hechos; y se robustece en el 292.2, relativo a la prueba de oficio para todos los tipos procesales, que puede ser decretada por el tribunal en cualquier momento del proceso, con la finalidad de lograr el esclarecimiento de los hechos controvertidos; mientras que el tercero extiende esa posibilidad para fuentes de prueba que no obran en actuaciones, en el caso de los conflictos relativos a la familia y a los derechos del trabajo y la seguridad social. Así establecido, el legislador cubano no parece continuar el camino de la búsqueda de la verdad como objetivo fundamental de la prueba, o no para todos los procesos, lo cual hace dudar respecto a la conformación de su postura ideológica.

Como se ha visto, el problema de la verdad en el proceso es de suma complejidad, que se acentúa en el entramado de las teorías sobre la justicia. Por ello es preciso tomar partido y decantarse por una u otra tesis, ya que, para entender la justicia, al decir de Bobbio (2001, p. 13), se requiere adoptar una escuela, una posición, porque se está en presencia de valores habitualmente consagrados en los textos constitucionales. En juicio del autor, el proceso encuentra en el binomio verdad-justicia su fundamento más sólido; de ahí que el propósito de hacer justicia no puede dejar de lado la verdad como condición esencial de aquella.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

La relación entre verdad y justicia es puesta de relieve con claridad por Liebman (1980), al afirmar que «[…] si la justicia es la finalidad última de la jurisdicción, la prueba es un instrumento esencial de ella, porque no puede haber justicia más que fundada sobre la verdad de los hechos a los cuales [se] refiera» (p. 274). Para Stürner (2008, pp. 246-247), en el camino hacia la justicia, resulta decisiva su relación con la verdad material.

Justicia y verdad son los postulados esenciales del Derecho mismo y, al ser tutelados por el Estado, conforman la base —y al mismo tiempo la cúspide— de lo que se define como Estado de Derecho. El compromiso de la Constitución y la ley con la justicia es tanto como decir que existe una responsabilidad idéntica con la verdad. Entonces, el juez debe contar con mecanismos idóneos para aproximarse a ella con solvencia, racionalidad y argumentos válidos en la operación hermenéutica que significa siempre la decisión de un caso concreto. Para que un proceso llegue a ser justo, útil y, sobre todo, garantía de la seguridad jurídica de los justiciables, no puede permanecer ajeno quien lo dirige a la verdad de los hechos.

VIII. UN DEBER INEXCUSABLE DEL JUEZ

Los justiciables, cuando entablan o se someten a una litis en sede jurisdiccional, aspiran a obtener una resolución judicial que ampare sus derechos subjetivos. Como garantía a esa aspiración se alza el principio de congruencia, que deviene límite para la actuación del tribunal (Mendoza 2015, pp. 198-199), congruencia que, en el orden civil, ha de manifestarse en relación con la pretensión objeto del proceso y los elementos que configuran el objeto del debate, en complemento de aquel. Un sector de la doctrina española considera como vicio de incongruencia no solo el apartarse del objeto del proceso en el fallo, sino hacerlo teniendo en cuenta hechos que no fueron introducidos al proceso por las partes. Así lo refieren Ramos (1990, p. 617), De la Oliva (1982, p. 896), De la Oliva Santos y Diez-Picazo (2001, pp. 401-420) y Millan (1983, pp. 29-30).

El tribunal debe fallar acorde con las solicitudes enarboladas por el actor o con las excepciones perentorias y la eventual demanda reconvencional establecidas por el demandado, salvo en los casos en que la ley permita lo que doctrinalmente se conoce como salto a la congruencia, postura que no puede llevarse a cabo de manera arbitraria, sino con la debida diligencia por parte del órgano juzgador, para que las partes

puedan establecer sus alegaciones y pruebas respecto a los nuevos hechos que fundamentan la decisión de rebasar los límites del dispositivo material, principalmente en procesos de corte indisponible. Nótese que se pone de relieve el cometido fundamental del principio, que es el de imponer límites a posibles excesos del tribunal, no a su papel activo en la dirección procesal y material del proceso.

Esta garantía no se restringe únicamente al dictado de sentencia congruente, puesto que la sentencia ha de ser, a su vez, motivada. La motivación de la sentencia implica que el tribunal exponga las razones que dan sustento a su decisión, que ofrezcan a las partes y a la sociedad en su conjunto una justificación razonable del razonamiento seguido en la solución de los asuntos sometidos a su juicio (Valenzuela, 2020, p. 73). Por ello, Couture (1958, p. 234) afirma que la motivación constituye un deber impuesto a la judicatura, con el objetivo de fiscalizar su actividad y comprobar que las decisiones tomadas son producto de su actuar reflexivo sobre las circunstancias reales de los casos que conocen, y no de actos que pueden ser catalogados de arbitrarios.

Constituye, sin dudas, una garantía de las partes, consustancial al debido proceso y con eficacia *erga omnes*, por lo que rebasa el carácter de requisito formal a cumplir por las resoluciones que ponen fin al proceso, al configurarse como elemento que abarca tanto su fundamentación fáctica como jurídica. Tal es así que una adecuada motivación de las sentencias facilita su cumplimiento voluntario, pues contribuye a la credibilidad de la convicción a la que ha arribado el juzgador y a la publicidad y confiablidad del sistema de justicia; ello en estrecha relación con el derecho a la impugnación de las resoluciones judiciales y a la labor de control que realizan los tribunales *ad quem*. Por tanto, se trata de un derecho fundamental, constitucionalizado e integrante de ese concepto mayor que es el debido proceso.

La labor de motivación resulta harto compleja, pues entronca directamente con la también difícil tarea de la valoración de la prueba, acorde con las reglas legales previstas, ya sea de forma individual o de conjunto. Dicha valoración requiere, imperiosamente, un pronunciamiento del juez en relación con la imputación que se hace de un hecho como cierto o no, justificación que constituye la motivación jurídica de la sentencia, que no es otra cosa que las razones que el juez ha tenido a bien para considerar su decisión como correcta. En todo caso, se trata de una labor de argumentación, ya que busca la mejor manera de expresar y defender la

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

postura justificativa de la resolución judicial; es decir, cuando se esgrimen razones a favor o en contra de una determinada postura procesal, de un pedimento de parte, de un hecho o de algún fundamento jurídico aplicable al caso. La sentencia ha de ser entonces, razonable, lógica, coherente y comprensible, al tiempo que ha de encontrar asidero en el Derecho objetivo, o sea, debe tener un basamento jurídico, pues otra cosa refutaría los fines del proceso.

Al parecer, resulta suficiente la existencia de una sentencia congruente y motivada, pero dicha garantía deviene inoperante si esta no se emite en un plazo razonable. Como mismo se le imponen plazos y términos a los justiciables para presentar sus escritos, medios de prueba y de impugnación para combatir los actos procesales del órgano juzgador, también existen para el tribunal —con el imperativo que supone el concepto de obligación en sede procesal—, pues justicia demorada no es justicia. Si los ciudadanos acceden al sistema de justicia en busca de una solución a sus conflictos es justamente para hacer efectiva una resolución judicial que perpetúe sus derechos subjetivos, eficacia que ha de lograrse en un tiempo prudencial; de ahí también la necesidad de dictar un fallo en consonancia con el principio de celeridad procesal.

La regulación del CPR es bastante acertada en este sentido, ya que su Artículo 157 [GOR-O (138), 2021, p. 4002] obliga al tribunal a dictar de forma razonada las sentencias que pongan fin a la instancia. Sin menosprecio de los requisitos formales de la sentencia, relativos a las partes, los jueces intervinientes y el caso que se juzga, vale destacar el deber del juez de relatar con claridad y concreción los hechos que se estimen probados, la valoración de las pruebas que los sustenten, de acuerdo con los estándares probatorios establecidos por la propia norma, los argumentos y fundamentos de derecho aplicables y el fallo con todos los pronunciamientos que de él se deriven. Ciertamente, se trata de un acierto del legislador la exigencia de una motivación generalizada de las resoluciones judiciales que ponen fin al proceso, y no solo de aquellas que se apartan o puedan apartarse de la doctrina probable o de los criterios de sala reiterados por la judicatura. Ello favorece la eventual labor de ponderación del tribunal en caso de conflicto entre normas, o entre estas y los principios generales del Derecho, o entre dos o más de estos principios.

A renglón seguido, el Artículo 158 [GOR-O (138), 2021, p. 4002] refuerza este deber en aquellos procesos en que intervengan menores de edad,

ya que en estos casos la motivación de las sentencias responde —además de los generales ya apuntados— a criterios específicos, como la opinión del niño resultado de su escucha, los caracteres que conforman su identidad, la preservación de las relaciones familiares y de un entorno familiar protector y libre de violencia, su cuidado y seguridad, así como tener en cuenta cualquier causa de vulnerabilidad que pudiese afectar la plena realización de sus derechos. Se trata de un supuesto clasificado por la doctrina como de motivación reforzada, en atención a su exigencia legal (Colomer, 2005, p. 27).

Por último, el 159 [GOR-O (138), 2021, p. 4002] es expresión del debido proceso establecido en el Artículo 94 g) constitucional [GOR-E (5), 2019, p. 86], al ordenar que el dictado de las sentencias se debe realizar acorde con los plazos procesales establecidos en el Código, con la única salvedad de que la naturaleza del asunto aconseje su extensión por el presidente de la sala o del tribunal, previa constancia en las actuaciones, excepción que no puede, bajo ninguna circunstancia, convertirse en regla, pues la naturaleza del caso no es, quizás, el elemento esencial o el único, que permita diferenciar entre un caso complejo y otro que no lo sea. Son las propias características del caso, evaluadas por el juez, las que determinan su nivel de complejidad y la necesidad de prolongar el plazo establecido en la ley para su conclusión definitiva. Este precepto entronca directamente con el 11 [GOR-O (138), 2021, p. 3979], que establece el deber del tribunal de adoptar las medidas necesarias para lograr una impartición de justicia pronta y efectiva, para lo cual vela por la economía en la realización del proceso, que debe acontecer sin dilaciones indebidas.

IX. CONCLUSIONES

Se ha tratado, hasta aquí, de ofrecer un breve análisis sobre algunos temas polémicos que, con un claro contenido filosófico, conforman los pilares esenciales del sistema procesal imperante tras la reforma. Este repaso, o diagnóstico pudiera decirse, pone de relieve las ventajas que, con relación a la LPCALE (Mantecón, 2015, pp. 1-210), cuenta el juez del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] para impartir justicia de manera expedita y sobre todo eficaz.

Las bases han quedado sentadas para hacer efectiva la tutela judicial y que el proceso discurra con observancia de todas sus garantías. Corresponde a los jueces que la letra de la nueva ley no pase a dormir el

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

sueño de los justos como sucediese en su momento con su predecesora, que contenía sólidas facultades para que el tribunal las ejerciera, pero que no calaron en la mente de los jueces. El deber ser está perfectamente contenido en la norma, resta que el ser se plasme, lejos de la sombra de aquel viejo temor a un supuesto «gobierno de los jueces», en los actos y las resoluciones judiciales que tramiten y resuelvan los conflictos cotidianos que se presentan en los tribunales de justicia de la nación. La ruptura o la falta de concordancia entre uno y otro conduciría a la inoperancia del sistema, por lo que el CG-TSP debe estar atento al desenvolvimiento de la práctica jurisdiccional, a fin de tomar a tiempo las decisiones que contribuyan a su uniformidad. No obstante, la aspiración es, de momento, que el nuevo modelo procesal traiga consigo, como éxito que se deriva de un gran desafío, un nuevo modelo de juez.

XI. REFERENCIAS

Alfaro, L. (2018). Aproximación epistémica de los poderes probatorios del juez. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (64), 255.

Alvarado, A. (1982). *El juez. Sus deberes y facultades*. Depalma.

Alvarado, A. (2005). *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Tirant Lo Blanch.

Álvarez Tabío, F. (1946). El juez activo en el proceso civil. *Anuario de la Asociación Nacional de Funcionarios del Poder Judicial*, 71-91. Lex.

Andux, R. A. y Manso, J. (2016). De las facultades del tribunal. En Pérez, I. (Coord.). *Derecho procesal civil*, 28-29. Félix Varela.

Berizonce, R. O. (2001). El exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional. *Themis*, (43), 72.

Berizonce, R. O. (2017). Ideologías y procesos. En Mendoza, J. (Coord.). *El Derecho procesal y los retos de la contemporaneidad*, 55. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Bobbio, N. (2001). *El problema del positivismo jurídico* (7.ª ed.). Fontamara.

Bujosa, L. M. (2013). Los principios del Código general del proceso (Ley 1564 de 2012) desde la perspectiva española. *Revista General de Derecho Procesal*, (31), 288.

Cappelletti, M. (1974). *Proceso, ideologías y sociedad*. Sentís, M. y Banzhaf, T. A (Trad.). Ediciones Jurídicas Europa-América.

Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho procesal civil* (t. 1). Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 186. (Octubre 16, 2007). GOR-O (79), 1309-1310.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 187. (Diciembre 12, 2007). GOR-E (6), 27.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 216. (Mayo 17, 2012). GOR-O (21), 681-683.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 217. (Julio 23, 2012). GOR-O (32), 1073-1074.

Colomer Hernández, I. (2005). *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Tirant Lo Blanch.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Diciembre 30, 1999). GORV-O (36 860), 312.172-312.197.

Constitución de 1976. (2018). En Torres Cuevas, E. y Suárez-Suárez, R. *El libro de las constituciones. Constituciones, estatutos y leyes constitucionales en Cuba entre 1940 y 2012* (t. 2) , 933-950. Imagen Contemporánea.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Constitución española. (Diciembre 27, 1978). BOE (311), 29 315-29 339.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-264-09. (Abril 3, 2009). http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-264-09.htm

Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho procesal civil* (3.ª ed.). Depalma.

Damaška, M. (1986). *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale University Press.

Fairén, V. (1972). La potestad jurisdiccional. *Revista de Derecho Judicial*, (51-52), 84.

Ferrajoli, L. (1997). *El juez en una sociedad democrática*. Ibáñez, P. A. (Trad.). https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1887/eljuezenunasociedemocratica.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Ferrajoli, L. (2010). Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción. *Reforma Judicial*, (15-16), 6-14. UNAM.

Frank, J. N. (1950). *Courts on trial. Myth and reality in American justice*. Princeton University Press.

González Monzón, A. (2018). *Los principios generales del Derecho. Una manifestación de la complejidad del fenómeno jurídico*. Leyer.

González Lagier, D. (2006). Argumentación y prueba judicial. En Ferrer Beltrán, J. *Estudios sobre la prueba*, 128. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Grillo Longoria, R. (2004). *Derecho procesal civil I. Teoría general del proceso civil* (4.ª ed.). Félix Varela.

Gurvich, M. A. (1971). Pruebas judiciales. Gurvich, M. A. (Dir.). Lubán. M. (Trad.) *Derecho procesal civil soviético*, 227. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Hierro Sánchez, L. A. (2019). Implicaciones procesales de la consagración de la tutela judicial efectiva en la nueva Constitución cubana. *Justicia*, (2), 455-484.

Hierro Sánchez, L. A. (2021). Los poderes probatorios del juez en el proceso civil cubano. En Picó I. Junoy, J., Mendoza, J. y Mantecón, A. (Dtores.), De Miranda, C. y Hierro, L. A. (Coords.). *La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos*, 132. Bosch.

Hunter, I. (2011). Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso. *RDUCN*, (2), 81. Universidad Católica del Norte.

Klett, S. A. (2018). *El estado y el avance de la ciencia procesal respecto de la actividad probatoria en vistas a posibles reformas. La prueba en el proceso*. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, 606-607. Atelier.

Ley de enjuiciamiento civil. En Betancourt, A. C. (1913). *Nueva Ley de enjuiciamiento civil vigente en la República de Cuba*. Rambla, Bouza y Cía.

Ley No. 1261, Ley de procedimiento civil y administrativo. (Enero 4, 1974). GOR-O (138), 1-61.

Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.

Ley No. 7, Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico. (2015). En Mantecón, A. (Rev.). Ediciones ONBC.

Liebman, E. T. (1980). *Manual de Derecho procesal civil*. Sentís. S (Trad.). Ediciones Jurídicas Europa-América.

Lorca Navarrete, A. M. (2014). *La responsabilidad constitucional de la norma procesal. Examen crítico de sus contenidos*. Instituto Vasco de Derecho Procesal de San Sebastián.

Mantecón, A. (2010). *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*. Ediciones ONBC.

Masciotra, M. (2014). *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*. Astrea.

Matilla Correa, A. (2004). Comentarios sobre las fuentes del Derecho administrativo cubano (excepto el reglamento). En *Temas de Derecho administrativo cubano* (t. 1), 136-137. Félix Varela.

Mendoza Díaz, J. (2001). *Lecciones de Derecho procesal civil*. Félix Varela.

Mendoza Díaz, J. (2015). *Derecho procesal. Parte general*. Félix Varela.

Mendoza Díaz, J. (2021). Carga de prueba, estándares probatorios y prueba de oficio en el nuevo modelo procesal cubano. En Bustamante Rúa, M. M., Henao Ochoa, A. P. y Ramírez Carvajal, D. M. (Coords.) *Homenaje a Michele Taruffo. Un jurista del futuro. El legado de Taruffo para Latinoamérica*, 355. Institución Universitaria de Evigando-Red para el Estudio del Proceso y la Justicia.

Millán Hernández, C. (1983). *La incongruencia civil*. Tecnos.

Montagú, G. de. (1944). *El juez ante la norma injusta y otros estudios*. Lex.

Montagú, G. de. (1951). *Origen y formación del proceso civil moderno*. Cultural S.A.

Montero Aroca, J. (1998). *La prueba en el proceso civil* (2.ª ed.). Civitas.

Montero Aroca, J. (2011). Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal. En Montero Aroca, J. (Coord.). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (2.ª ed.). Tirant Lo Blanch.

 ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.

Nieva Fenoll, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *InDret*, (3), 418.

Oliva Santos, A. de la. (1982). Sobre la congruencia de la sentencia civil. *La Ley*, 2, 896.

Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I. (2001). *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (2.ª ed.). Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Oteiza, E. (2014). Posibles convergencias de los procesos de reforma a la justicia civil en América Latina. Por una mayor civilidad. En Bustamante, M. (Coord.). *Reformas procesales en Colombia y en el mundo*. Universidad de Medellín.

Parra Quijano, J. (2004). *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Temis.

Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho probatorio* (16.ª ed.). Ediciones del Profesional.

Pérez Gutiérrez, I. y Hierro Sánchez, L. A. (2020). La tutela judicial efectiva en el ámbito constitucional cubano. En Lledó Yagüe, F., Benítez Ortúzar, I. F. y Mendoza Díaz, J. (Coords.). *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, 39-62. Dykinson-ONBC.

Pérez Gutiérrez, I. y Hierro Sánchez, L. A. (enero-junio, 2020). Por una plena protección judicial y constitucional. *Universidad de La Habana*, (289), 187-206.

Picó i Junoy, J. (2013). El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Urbe et Ius*, (11), 50.

Ramos Méndez, F. (1990). *Derecho procesal civil* (t. 2, 4.ª ed.). Bosch.

Remigio Ferro, R. (2018). Los jueces y el ejercicio de la función judicial en la actualidad: una mirada crítica. *Justicia y Derecho*, (31), 3-11.

Sentís Melendo, S. (1957). *El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina*. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Sentís Melendo, S. (1978). Los poderes del juez. Lo que el juez puede o podrá. En Sentís Melendo, S. *La prueba. Los grandes temas de Derecho probatorio*, 188. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Stürner, R. (2008). La obtención de información probatoria en el proceso civil. *Revista de Derecho*, (30), 246-247.

Taruffo, M. (2003). Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. *Discusiones*, (3), 87.

Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Aramburo, M. (Trad.). Marcial Pons.

Taruffo, M. (2012). *Teoría de la prueba*. Ara Editores.

Taruffo, M. (2013). La verdad en el proceso. *Derecho y Sociedad*, (40), 242.

Valenzuela, G. F. (2020). Enfoque actual de la motivación de las sentencias. Su análisis como componente del debido proceso. *Revista de Derecho*, (21), 73.

Véscovi, E. (1978). *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE REVISIÓN
Recibido: Septiembre 25, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

EL «DEBER DE CUIDADO OBJETIVO»: MIRADA DOCTRINAL PERTINENTE PARA CUBA

THE «OBJECTIVE DUTY OF CARE»: A DOCTRINAL OVERVIEW RELEVANT TO CUBA

Dra. Mayda Goite Pierre

Profesora titular de Derecho penal, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana

Presidenta, Sociedad de Ciencias Penales, Unión Nacional de Juristas de Cuba

Código ORCID: 0000-0002-8525-5074

mgoitepierre@gmail.com

Dra. Mónica Palencia Núñez

Profesora, Universidad Católica Santiago de Guayaquil y Universidad Casa Grande

Abogada litigante, Ecuador

Código ORCID: 0009-0002-2693-9406

mpalencian@hotmail.com

Resumen

El Código penal cubano, promulgado en 2022, asocia la responsabilidad por culpa a la infracción de un deber de cuidado objetivo, personalmente exigible al presunto comisor del delito, y que ocasiona la lesión —no deseada y evitable— a un bien jurídico protegido penalmente. Tal escenario coloca la necesidad de escudriñar en torno a lo que los teóricos del Derecho penal han asumido como *deber de cuidado*, con el calificativo de *objetivo*, al igual que sobre los conceptos de *previsibilidad* y *evitabilidad*, con la pretensión de articular un marco teórico-conceptual que sirva como punto de partida para la interpretación y aplicación de la previsión normativa. A ese esfuerzo se dedica el presente trabajo, en el que se hacen patentes los vínculos inescindibles entre lo objetivo y lo subjetivo,

cuando de Derecho penal se trata. Las conclusiones formuladas aportan una visión novedosa para Cuba y pueden contribuir a la implementación de la reforma penal sustantiva, particularmente, en el ámbito judicial.

Palabras clave: Deber objetivo de cuidado; delitos culposos; responsabilidad penal de la persona jurídica; culpabilidad; Derecho penal.

Abstract

The Cuban Criminal Code, enacted in 2022, associates liability for negligence with the infringement of an objective duty of care, personally enforceable on the alleged offender, and which causes —unwanted and avoidable— injury to a criminally protected legal good. Such a scenario makes it necessary to scrutinise what criminal law theorists have assumed as the duty of care, dubbed with the qualifier of objective, as well as the concepts of foreseeability and avoidability, with the intention of articulating a theoretical-conceptual framework that serves as a starting point for the interpretation and application of the normative prevision. This work is dedicated to this effort, in which the inseparable links between the objective and the subjective, when it comes to Criminal Law, are made clear. The conclusions formulated provide a novel vision for Cuba and can contribute to the implementation of substantive penal reform, particularly in the judicial sphere.

Keywords: *Objective duty of care; wrongful offences; criminal liability of the legal person; culpability; criminal law.*

Sumario

I. Introducción; II. Presupuestos teóricos para el diseño del «deber de cuidado»; III. Deber, norma de acción y diligencia debida; 3.1. Deber y norma de acción; 3.2. Diligencia debida; IV. Conducta libre y exigencia de previsibilidad: Apuntes para la tipicidad; 4.1. Imprudencia en el hacer y el decidir, hacerse cargo de la fuente de riesgo; 4.2. Conducta libre y exigencia de previsibilidad; V. Antijuridicidad; VI. Conclusiones; VII. Referencias.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

I. INTRODUCCIÓN

El discurso sobre los «riesgos» y el aumento de estos en todos los ámbitos de las relaciones humanas, especialmente a partir de la década de los ochenta del siglo xx, en relación directa con el incremento de la velocidad de los procesos de globalización, y en medio de vínculos cada vez más «líquidos», en palabras de Bauman (2007), ha hecho que las legislaciones y la doctrina latinoamericana, en algunos casos, resulten incoherentes a la luz de la lógica pretendida de su sistema normativo y/o adolezcan de claridad y precisión, en perjuicio de la seguridad jurídica del ciudadano (p. 73), al «no saber a qué atenerse» (Franco, 2009, p. 54). En tal sentido, se resalta la necesidad de claridad en la conducta que se tipifica en ley penal, y en los parámetros de tipicidad, en relación con la certeza que forma parte de la seguridad jurídica. Se da cuenta de cómo, en ocasiones, hay incluso elaboraciones tan complejas que un deber puede llegar a ser un bien jurídico protegido en la sede penal (Franco, 2009, p. 110).

En correlato con Bauman (2007), quien enfoca la previsibilidad como necesidad, en busca de la seguridad, en reacción con el miedo que generan la incertidumbre y superficialidad de las relaciones (p. 73), Ulrich Beck (2002) afirma que lo que no puede preverse es lo que produce situaciones inéditas, afirmación que data de 1989, año de la primera publicación de su obra (p. 137).

Es esa la esencia que sugiere la «Teoría de la sociedad del riesgo» (Ulrich, 1989, p. 137), como él la denomina, inserta en la complejidad de la postmodernidad o «modernidad líquida», en palabras de Bauman (2007, p. 73), en la que lo inevitable sí puede ser objeto de pronóstico, por posibilidad y probabilidad, y el individuo que decide perseguir un fin lícito —como sería el de conducir—, lo planifique de tal forma que impida los riesgos evitables.

El anhelo de un Derecho penal garantista se hace presente en los postulados del sistema penal cubano; existen, en adición, conceptos doctrinales que, como el del «deber objetivo de cuidado», requieren una lógica de pensamiento concreta.

En acotación a ello, cabe recordar, con Gimbernat (2010), que

> […] si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que

> debería ser, sino una cuestión de lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho Penal [...]. (p. 37)

Los derechos de potencial afectación son el de legalidad, el de seguridad jurídica y, finalmente, el derecho a la libertad individual.

Entre el llamado «deber de cuidado objetivo», cuya infracción estaría presente necesariamente en todo delito culposo para ser tal, y la posición de garante, referida en el texto legal, con motivo de sanción a la puesta en riesgo de bienes jurídicos o el incremento del permitido, en las denominadas omisiones dolosas, el legislador cubano vincula la infracción, como potencial generadora de un resultado lesivo, a que el sujeto sea personalmente responsable del deber de cuidado objetivo, factores determinantes de imputación por el delito culposo.

El concepto de culpa, a analizarse en la tipicidad y vinculado a la infracción de una norma, es una importación europea, con la salvedad de que para algunos de los teóricos de ultramar, como Mir Puig (1996), «corresponde distinguir la ausencia de previsibilidad, de la infracción a la norma de cuidado; esto es, corresponde colocar la previsibilidad exigible, fuera del contenido de la norma» (p. 272). Por tanto, se generan cuestionamientos sobre la naturaleza de la norma de cuidado, respecto a si es social o jurídica.

En adición, hay criterios diversos sobre lo que debe entenderse por «objetivo» en el deber de cuidado. No hay consenso de si se hace referencia a lo externo y general de la conducta, o a lo que conforma el criterio para determinar la tipicidad objetiva. En consecuencia, se trata de una institución problémica.

Cancio Meliá (2010) refiere, citando a Roxin, que la conducta debida se establece a partir de lo que un hombre medio podría conocer, hacer y prever, en unión con el dato subjetivo sobre lo evitable del suceso y la potencial previsibilidad; en otras palabras, se arriba al criterio de determinación examinando lo que haría una persona común, en circunstancias semejantes a las del sujeto. Cancio capta el pensamiento de Sancinetti, Honig, Frisch, Jakobs, Roxin, entre otros que han marcado las tendencias doctrinales. Refiere que este último, para delimitar el deber de cuidado, recomienda revisar la media en conocimientos de un individuo en situación similar a la de la pretendida imputación y descartar lo que quede debajo, de modo que la consideración para el análisis se haga a partir ese límite. Con los estudios de Cancio puede constatarse que hay coincidencia doctrinal en que la posibilidad de previsibilidad

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

real de las consecuencias lesivas, por el sujeto actuante, es un insumo indispensable para la generación de la norma de comportamiento bajo cuya lupa se observará la conducta (pp. 38-55 y 63-88).

Por su parte, Reyes Alvarado (2013), comentando a Maurach, señala cómo este enfatiza en un cuidado objetivo, determinable en circunstancias genéricas y revisando la que sería la conducta socialmente adecuada. En la misma obra, puede hallarse el pensamiento de Hisch, quien asevera que, con la ayuda de conceptos como los de deber de cuidado y dominio del hecho, se lograban exactamente los mismos resultados que con el mecanismo de la adecuación social (pp. 87-88). Muñoz Conde (2012), en cambio, advierte que para la exigencia de la conducta debida, no solo interesa el individuo en su integralidad, sino el deber como cuidado requerido en la vida de relación, de modo que lo objetivo se refiere a un juicio razonable, anterior al juicio normativo (pp. 284-288). Respecto a la posibilidad de entender «la cuestión» de carácter general como «objetiva», y como tal, con validez *erga omnes*, se pronuncia Terragni (2004, p. 67).

Cuba se ha dado un nuevo CPE, a partir de la Ley No. 151 de 2022 [GOR-O (93), pp. 2557-2696], con transformaciones esenciales, de manera significativa en el «concepto del delito» y la formulación de las denominadas «formas de la culpabilidad», en el contenido de los artículos siguientes:

> Artículo 7. Constituye delito toda acción u omisión socialmente lesiva y culpable, sancionada por la ley.
>
> Artículo 8.1. El delito puede ser cometido de forma intencional o culposa.
>
> 2. El delito es intencional cuando la persona realiza consciente y voluntariamente la acción u omisión socialmente lesiva y ha querido su resultado, o cuando sin querer el resultado, prevé la posibilidad de que se produzca y asume este riesgo.
>
> 3. El delito es culposo cuando la persona infringe un deber de cuidado objetivo que personalmente le es exigible y ocasiona un resultado lesivo que le era evitable y no deseado.
>
> 4. Responde penalmente quien omite impedir la realización del hecho punible, si:
>
> a) Tiene el deber jurídico de impedirlo, o crea un peligro inminente que sea capaz de producirlo; y

b) La omisión corresponde al delito, mediante un hacer.

5. Si, como consecuencia de la acción u omisión, se produce un resultado más grave que el querido, determinante de una calificación y sanción severa, esta se impone solamente si la persona pudo o debió prever dicho resultado.

II. PRESUPUESTOS TEÓRICOS PARA EL DISEÑO DEL «DEBER DE CUIDADO»

El deber de cuidado es una construcción que se ha vuelto compleja con el paso del tiempo, entre otras, por tres razones de peso:

Primera. Ha tenido un proceso de gestación accidentado, caracterizado por el desconocimiento de los aportes precedentes.

Segunda. Su utilización en diversos contextos ha afectado su contenido y límites. El concepto de acción causal «se eclipsó» con el de acción final, y a este se superpuso —sin superarlo— otro, el de acción social, este último reflejado en la necesidad de que solo las conductas con resultados previsibles puedan ser objeto de reproche social. Así, el pensamiento de Engisch, gestor del antecedente al deber de cuidado, se inscribe en una mezcla de acción final con ingrediente social, según explica Mir Puig (2003), quien también da cuenta de cómo Engisch reaccionó en 1944 en contra del finalismo, apuntando como indispensable mirar la conducta necesariamente vinculada a la previsibilidad objetiva del resultado (pp. 2-3).

Tercera. Se han confundido el contenido del deber objetivo, como deber jurídico, la norma o exigencia de cuidado general, y sus diversas finalidades (Schünemann, 2001, p. 643; y 2012, s.p.; Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch, y Kölher, 2000, s.p.; Silva, 2001, p. 93).

Ante esta realidad, se ha hecho indispensable encontrar hitos históricos trascendentes en el entramado conceptual. Fruto de ello, en las líneas siguientes se explican los presupuestos teóricos que se infieren del origen del concepto «deber de cuidado», así como de las formulaciones filosóficas que le dan soporte. No podía eludirse el referido enfoque para entender el presente, pues tal construcción es propia del finalismo y, por ende, enmarcada en el auge del concepto de culpabilidad, como fundamento único y máximo de todo reproche social a una conducta. En este sentido, Zaffaroni (2000) explica la forma en que las necesidades

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

de satisfacer la percepción de inseguridad nacional, interna y externa, ha hecho que el Estado transforme su legislación para ir hacia espacios de puesta en riesgo. Actualmente, a tal fenómeno se le identifica como adelantamiento de la barrera punitiva, a los espacios de puesta en peligro de un bien, lo que constituye la hipótesis de la infracción (pp. 15-132). La categoría *deber de cuidado* es utilizada, además, en un momento histórico en el que ha entrado en crisis el fundamento liberal de la pena: La culpabilidad, para dar paso a las razones de política criminal, como justificación de la sanción a las personas jurídicas (Cigüela, 2016, p. 28).

El hecho de que el concepto de «culpabilidad» haya perdido fuerza —no solo como la reprochabilidad que abarcaba el dolo y la culpa, sino como único y posible conjunto de presupuestos para una imputación subjetiva, a partir del reproche a la acción u omisión de un hombre libre— (Zugaldía, 1980, p. 565; Stratenwerth, 1980, s.p.; Hassemer, 1982, p. 473), para ceder espacio a que, en el caso de las personas jurídicas, se abra la posibilidad de fundar la imputación en el defecto en la organización, ha revitalizado la necesidad de captar al llamado deber objetivo de potencial infracción, y ligado a la afirmación de la imputación de actuación por culpa, deber que pudiera inferirse de un texto de autorregulación, de la ley o de las máximas de la experiencia, escritas o no.

III. DEBER, NORMA DE ACCIÓN Y DILIGENCIA DEBIDA

3.1. Deber y norma de acción

Un primer punto de análisis exige revisar si el deber de cuidado objetivo es verdaderamente un deber bajo el enfoque jurídico. La característica de este, fundado en una norma jurídicamente válida, es la de su obligatoriedad coercible mediante el uso de recursos de Derecho. Es fácilmente reconocible en los tipos penales que establecen una obligación explícita de cuidado, con cargo a un sujeto activo, y cuya infracción constituye un delito de omisión propia, pues el comportamiento, específicamente determinado, se encuentra ordenado. El hecho de que el deber conlleve —etimológicamente— un «sin haber» en el cómputo delos derechos, refiere un pasivo, frente al titular o los titulares de los derechos correlativos.

La discusión de si lo único jurídico que existe es el Derecho «y no facultad, ni pretensión [...]» es de vieja data (Álvarez, 2000, p. 12). Según Quintero (2008, p. 245), fue Binder (1912) quien lo puso en crisis al afirmar que «no hay concepto jurídico de deber» y señalar que «el derecho no obliga jurídicamente a nada» (p. 45).

Admitido es que, más allá del pensamiento de Binder, un concepto nuclear fundamental hasta inicios del siglo xx fue el de deber jurídico; sin embargo, a fin de que el deber sea tal, es preciso que tenga lo que Amos (2007) llama «posibilidad de valoración pre jurídica» (s. p.), dada por una legitimación en su procedencia social. Por ello, lo justo está llamado a tener coincidencia con lo legal, en el entendido de que solo la norma de acción inferida del ordenamiento normativo positivo, vigente, y que resulte racional y razonable, estará dotada de rango no solo de juridicidad, sino también de legitimidad.

Es Hart (1963, pp. 102-104) uno de los autores que ha explicado, con más detalle, el tema relativo al deber jurídico y la obligación. Es pertinente resaltar la visión contemporánea de la cuestión, ya no propia de un positivismo jurídico ni de un utilitarismo, que concibe al deber ligado a la coerción, ya sea en el orden jurídico o en el moral (Stuart, 1910, pp. 98-99), sino de la lógica de los sistemas normativos postpositivistas, en la que el deber a construir una infracción *ex ante* surge de la aceptación de sus contenidos por el conglomerado social, llámesele sociedad en general o grupo específico, de forma tal que, como explica Roca (2002), a mayor grado de cohesión social, mayor peso de la aceptación del contenido normativo y menor protagonismo de la coacción (p. 473).

En consecuencia, el deber que se admite como jurídico en la transmodernidad penal es el caracterizado por su derivación de normas válidas coercitivas, insertas en la cultura, y que, siendo prescriptivo, como lo es el usado para fines de determinación del injusto culposo, funda su validez, no solo en el ordenamiento jurídico, sino también en su aceptación cultural. La famosa frase de Radbruch de que, si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que es jurídico, queda superada (García, 2004, pp. 261-286; Rello, s.f., s.p.). La versión del «deber», simulado jurídico, construido ex ante, sin integrarse a la estructura del delito, podría servir como criterio de valoración de la conducta para el establecimiento de indicios de dolo, con lo cual se construiría una norma, en sentido kelseniano (Pisi de Catalini, 1988, pp. 56-57).

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Por lo expuesto, y dado que tal deber siempre es de un titular posible, es subjetivo porque el registro del «no haber» es idóneo y personalizado, pues habría uno para cada conducta, a revisar en su carácter de penalmente relevante. En el deber de cuidado, al ser la infracción sancionable en la sede penal, la obligatoriedad garantizada desde lo jurídico, es innegable. Ello no niega la posibilidad del «deber de cuidado» como enunciado normativo, a los fines de revisión de una conducta (función instrumental).

Deber objetivo: ¿jurídico?

El concepto «deber objetivo», cuestionado por Sánchez (2015, s.p.), se remonta al pensamiento de Kant, con los llamados «imperativos de validez universal». Así, el «cómo deberían de ser las cosas» no se confunde con el «cómo deberían de hacerse en el momento preciso de enfrentar un potencial riesgo de lesión», esto último, ligado siempre al imperativo categórico. Ese confrontar con el riesgo de lesión tiene diversos momentos y potenciales actores, los que van desde el sujeto que debe elaborar una política pública sobre el funcionamiento de los centros quirúrgicos con fines estéticos —por poner un ejemplo que facilite la comprensión—, hasta el médico llamado a realizar la intervención.

Es ahí cuando resulta importante definir lo que conllevan las actuaciones o no actuaciones, en espacios de incumbencia, hasta dónde la ley penal puede abarcar y hasta dónde se darían las posibilidades, legales y legítimas, de imputación.

Cabe afirmar que, al origen de los delitos de comisión por omisión, situados en cuanto al deber de evitar el resultado material, en Feuerbach, el Derecho Canónico, el *aliu algere* romano, los postulados de Paulo y Gayo, y, los de la *Lex Aquilea* del Digesto, se suma, en Kant, la conformación de un deber ser de actuación, general, que en el plano filosófico da origen a la construcción del «deber ser objetivo», que obliga al individuo en el ámbito moral, en tanto tiene su asiento en una representación conceptual de una conducta.

El «deber ser» representado por el sujeto está llamado a converger con el «deber ser autorizado por la sociedad», expresado en la ley, los acuerdos entre los sujetos, si hay posibilidad de disposición de los contenidos, la *lex artis* y el interés social, en fin, con la diligencia debida.

Es dable no confundir lo anterior con la protección de acuerdo con las reglas de la ley moral, porque como afirma Roxin (2010),

> la protección de normas morales o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en lo absoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho que, por el contrario, también debe proteger las posiciones discrepantes de las minorías, y su puesta en práctica. (p. 63)

Y es que, en la visión de Kant (1999), el ser humano debe dirigir su actuar de forma tal que pueda convertirse en una máxima universal y, a la vez, obrar de tal modo en las diversas circunstancias que el otro, el prójimo, sea siempre y al mismo tiempo, un fin (pp. 421-429).

En consecuencia, la forma en que interviene quirúrgicamente el cirujano, por ejemplo, debe coincidir con lo que leyes y reglamentos, la *lex artis* y las máximas de la experiencia indican, y esa, su forma de hacer, se convierte en paradigma de comportamiento, así como la previsibilidad y reacción ante esta, de la generación y/o incremento del riesgo. Ello explica el porqué, en la culpa con representación, hay sanción, a pesar de que haya podido existir previsibilidad, pues lo que fundamenta la pena es la indiferencia ante el resultado posible (Parrado y Acevedo, 2013, s.p.).

Schopenhauer (2003) da las líneas conductoras para que sea, por medio del análisis de la voluntad del sujeto, que se dé sentido a la valoración de un acto (pp. 67-265), lo que resulta importante al determinar el sentido del acto para el señalamiento de imputación penal.

Es entendible el paso que Occidente dio al convertir el deber ser en objetivo, a partir del impacto de los trabajos de Kelsen (1991). Él contribuye a separar lo estrictamente jurídico de otras influencias y apunta que no hay más norma que la positiva y es con esa palabra, *norma*, que alude al deber ser, incluyendo las acciones que ordenan el comportamiento. Para él, en todo acto orientado intencionalmente a determinar el comportamiento de otro existe el sentido subjetivo de lo debido, mas pasa a ser objetivo cuando lo es también desde el punto de vista de ese otro. El deber, desde el punto de vista objetivo, es el que deriva de una norma válida (pp. 18-19, 21-22). Más allá de que la visión positivista kelseniana ocupa su lugar en el pasado, se ha hecho necesario revisar ese anclaje, para intentar determinar el significado y sentido del deber objetivo.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Efectuado el énfasis sobre la connotación objetiva del deber y entendido que el mal que se quiere evitar —a lo que se está obligado— no está en relación directa con el resultado material de la lesión al bien jurídico, sino con la pérdida o disminución de las posibilidades de que este resulte indemne, antes de la construcción de la norma o exigencia de cuidado para una tipicidad objetiva; se impone revisar si existió un resultado lesivo, conformante de una infracción penal, como presupuesto de la imputación. Se insiste: Un resultado determinante de la tipicidad de la conducta, y un vínculo suficiente y relevante para afirmar la existencia de nexo causal entre la conducta y el resultado.

En síntesis, si hay tal resultado lesivo, a fin de revisar la conducta y el nexo causal, toca construir el enunciado normativo *ad hoc*, a partir del cual se revise la diligencia debida, que complete el injusto, en los casos de tipos penales culposos, y que tenga validez formal frente a la comunidad y, por ende, frente al potencial imputado (Alchourrón y Bulygin, 2013, p. 109). El llamado del deber objetivo de cuidado es justamente el de ser un deber jurídico; una exigencia de contenido oponible a terceros: El juicio racional necesario y previo —como norma en la visión kelseniana— al normativo de la antijuridicidad y la norma derivada del ordenamiento jurídico.

Cancio Meliá (2010) explica, en referencia a lo objetivo *versus* lo subjetivo, que «frente a la situación de un paradigma causalista, se plantea la normativización del contenido del tipo objetivo, que ya no puede entenderse como mera descripción valorativamente neutra de un suceso físico-causal» (pp. 137-138). Cabe resaltar que en este punto surge el encuentro de miradas: Hay quienes ven, en el dotar normativamente de significado una conducta para su imputación, un acto coherente con un enfoque de teoría penal, mientras otros se decantan por resaltar el aspecto y la relevancia metódica de hacerlo; Pérez Duharte (2007) hace referencia a tal tipo de abordaje como un esquema metodológico, apoyando su postura en las visiones de Zaffaroni y Mir Puig (p. 15). En el criterio de las autoras, es posible una coexistencia de enfoques.

Se suscribe la consideración de Pérez Duharte (2007) sobre el carácter metódico, que luce evidente en el constructo en estudio: El deber objetivo de cuidado es, en lo téorico-penal, un concepto integrador del injusto en los delitos culposos —sin soslayar por ello la crítica a lo desafortunado, por vaga y antisistémica, de la denominación— y, a la vez, una herramienta para la decisión de la imputación.

Revisado el fundamento filosófico, el hecho histórico relacionado y los avatares del «deber objetivo», toca centrar el estudio en el antecedente específico al deber objetivo de cuidado: La llamada *diligencia debida*, pues es a partir de ello que puede clarificarse el contenido y dar soporte a lo que acaba de afirmarse sobre el carácter instrumental del deber objetivo de cuidado.

3.2. Diligencia debida

Cabe recordar que antes de la época de los trabajos de Engisch (2008), y en especial al tiempo de la exposición sobre la causalidad en materia penal, en la década de los treinta del siglo pasado, los únicos elementos exigibles para una imputación eran los determinados en las formas de culpabilidad —dolo y culpa—, siendo la culpabilidad, valorativa pero no dogmática —explica Muñoz Conde (2012), quien añade que el mérito de Engisch fue añadir a la pura conexión causal entre el resultado imprudente y la culpabilidad, un tercer elemento de fundamento del injusto: El deber objetivo de cuidado (p. 316).

Para entender la relevancia orgánica del trabajo de Engisch (2008) es indispensable resaltar el aporte de su predecesor, Von Kries (Montealegre, 1987, pp. 260-311), con el concepto de previsibilidad objetiva, que da una respuesta crítica a la consideración de la línea de causalidad, bajo la mirada de la equivalencia de las condiciones, y realiza un análisis a la adecuación social de la conducta, a partir de si las consecuencias eran previsibles para uno y «los otros».

En la conjunción del pensamiento de estos dos visionarios alemanes, se aprecia que uno de los elementos configuradores del deber objetivo de cuidado es la posibilidad de que las consecuencias de la actuación sean previsibles, lo que unido a la esencia de ser una norma en el sentido de juicio sobre un hecho o conducta, en términos kelsenianos, bajo parámetros oponibles en general —que no es lo mismo que establecidos conforme a un término medio general—, sirve para establecer la medida de la exigencia de cuidado.

Así, al surgir en un momento histórico, en el que se dejaba atrás la mirada de la equivalencia de las condiciones, como criterio para imputar, cabe enfatizar en una característica que particulariza al deber objetivo de cuidado en cuanto a su finalidad o utilidad principal: El de ser una pauta para la exclusión de la imputación a quien, habiendo estado en la

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

línea de interviniente en un proceso histórico en el que hubo una lesión a un bien jurídico, porque su conducta puede ser considerada como causante, no haya contribuido a la generación de un riesgo o al incremento de uno existente, con lo cual deja a salvo el espacio de lo inevitable y lo autorizado, por ser lo indispensable en el tráfico relacional.

Muñoz Conde (2012) refiere, asimismo, que «la observancia del deber objetivo de cuidado [...] constituye el punto de referencia obligado del tipo de injusto del delito imprudente» (p. 316). En sintonía con él, se ratifica que todos los caminos de análisis del concepto «deber objetivo de cuidado» conducen a Engisch y, a partir de él y del pensamiento alemán penal de mediados del siglo xx, se traza su consolidación para exportar el concepto a otros países, entre ellos España; así, se inician discusiones en la academia española que no eran ni ajenas ni adelantadas a las del pensamiento americano, en especial, el cubano.

En España, el tema de la múltiple terminología no ha revestido especial atención y, mientras que Muñoz Conde (2012) construye su discurso en torno a la imprudencia, a partir de la violación a la diligencia debida, y le da el carácter de objetiva a la previsibilidad del resultado (p. 76) —coincidente, en esencia, con el enfoque original de Engisch—, Corcoy Bidasolo (2006) enfatiza, indistintamente, en cuidado objetivo, norma de cuidado y deber objetivo de cuidado: Por ejemplo, al conceptualizarlo como propiedad de la conducta. Sostiene este autor que

> la norma de cuidado penal persigue evitar la producción de aquellas lesiones del bien jurídico que, *ex ante*, el sujeto tenía la posibilidad de prever. Por tanto, en cada caso concreto, el deber objetivo de cuidado abarcará todas aquellas reglas, normadas o de común experiencia, que *ex ante,* aparecen como adecuadas para evitar la lesión del bien jurídico. (p. 93)

En sentido similar, se pronuncia Reyes (2012, p. 565). Así, el paso del enfoque estrictamente psicológico de la culpa al normativo, en el que la imprudencia se define desde la valoración de la conducta, y la indiferencia o despreocupación frente al potencial resultado fundamenta la imputación, fue relevante para la configuración de un nuevo mapa conceptual de la determinación del tipo, y en torno a la introducción actual de criterios propios de una dimensión constructivista-comunicacional del llamado deber objetivo de cuidado, en el entendido de que la conducta delictiva es un acto de habla, social y vinculante, y

cuando se evalúa a la misma como culposa, lo hace a partir de la búsqueda de su sentido, de lo que comunica (Gómez, 2008, s.p.).

Baste citar, como ejemplo de lo anterior, que en los Estados Unidos, el establecimiento de las llamadas guías clínicas para la fijación de los estándares de cuidado esté sirviendo como precedente para que se considere que el médico, por el solo hecho de observar la guía, ha actuado con la diligencia debida (Martínez, 2011, pp. 214-251). El tema del control de la fuente de peligro, como objeto de cuidado, ya ha sido tratado en los fallos anglosajones, de forma tal que en la actualidad existe el precedente de considerar como una infracción al deber de cuidado el fracasar en el control de una fuente de riesgo. Existe un precedente judicial llamativo, entre otros, por considerar que la policía erró al no controlar los riesgos de un acontecimiento, lo que causó víctimas: Se trataba, concretamente, de no haber atendido de forma rápida y conveniente, una llamada de auxilio (Bowen, 2015, s.p.).

La diligencia debida es asimilada en Alemania —en los años treinta del siglo pasado— como una exigencia con respecto al cuidado (Engisch, 2008, pp. 107-108) que debe ser observado en una situación de convivencia (Terragni, 2000, p. 201); con ello se introducen criterios normativos y se analiza la conducta desde una mirada a la acción, a partir de la finalidad perseguida, lo que representa un avance significativo de la escuela finalista, a pesar de lo inacabado del concepto. Jakobs apunta que para la determinación de la imprudencia no es elemento constitutivo la finalidad, sino que esta sirve como guía para poner en evidencia la evitabilidad, o no, del resultado lesivo. Así, define la acción como la «causación del resultado individualmente evitable» (Jakobs, 1997, p. 111). La culpa se da como reproche a la inobservancia de la diligencia debida (Reinhard, 2000, s.p.), determinada desde la medida objetiva de exigibilidad y el deber subjetivo.

Concordante con lo anterior, está el hecho de que uno de los estudiosos de reconocida influencia en Engisch, Max Luding Müller, según refiere Sancinetti (1962), ya hacia 1912 sostenía que un hombre solo puede comportarse de modo objetivamente contrario a la norma jurídica «omitiendo una acción cuya ejecución, o bien ejecutando una acción cuya omisión, sea necesaria en ese momento, desde el punto de vista del conocimiento humano en abstracto, para el fin perseguido en una norma jurídica» (pp. 67-86). A partir de los trabajos de Engisch —que tienen como antecedente el párrafo 276 del Código penal

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

alemán de 1896, en el que se establece que «obra imprudentemente el que no presta atención al cuidado exigido en el tráfico» (Choclán, 1998, p. 11)—, no es posible sostener que la diligencia debida sea un concepto exclusivo para hacer referencia a los delitos de actividad culposa, aunque en estos pase a integrar el injusto.

A la par de los trabajos de Engisch y Honig, se perfecciona la llamada *teoría objetiva* —con fundamento en antiguos postulados de Feuerbach, en el criterio reiterado de diversos doctrinarios—, para explicar y justificar la imputación por tentativa, en virtud de la generación de peligros *objetivos*, llamados así por oposición a la cognoscibilidad individual del autor. Pérez Duharte (2007) enfatiza en la importancia de esta postura como doctrina social de la acción (p. 19). Ello marca el hito de la pretensión de conformar un modelo pretendidamente objetivo para la evaluación de la conducta humana (Luzón, 2023, pp. 1-53). El paradigma teórico positivista dualista pasa factura, en lo fáctico, lo filosófico y lo jurídico, pues la pretensión de objetividad y la división entre objetivo y subjetivo, condiciona las maneras de entender; así se instaura una cultura y la objetividad pasa a ser un concepto usual en el contexto epistémico (Martínez, 2008, pp. 199-209).

Cerrando el análisis de lo objetivo referido al deber, cabe señalar que existen, al menos y con mayor relevancia, los siguientes significados, identificados como: *calificativo, referido al carácter general del deber*; *propiedad de la conducta*; *inferencia de la norma positiva, válida*; *juicio de una conducta*; *calificativo del elemento que completa el injusto en la tipicidad objetiva en los delitos culposos*; *consecuencia de criterios objetivos* (aunque se incorporen datos subjetivos) para la determinación del contenido.

Con lo expuesto se pretende dejar constancia de que *objetivo* es una palabra polisémica, como ya lo destacara Kindhäuser (2008), al asegurar que,

> si el tipo objetivo y el subjetivo contienen conjuntamente los criterios de acuerdo con los cuales se determina objetivamente si un comportamiento, incluidas sus consecuencias, ha de ser valorado como un injusto penalmente relevante, entonces parece sugerirse que al tipo en su conjunto correspondería unitariamente, y sólo unitariamente, una determinada función, a saber, la función pragmática de la valoración de un suceso como injusto. (s.p.)

En consecuencia, lo objetivo, en materia penal, requiere de contextualización. Kindhäuser (2008), en este punto, asume una postura similar a

la de Muñoz Conde (2012). Parece lógico que, de adscribirse, como él lo hace, la consideración del objetivo no excluyente de lo subjetivo, en una visión de injusto, lo que ha de realizarse objetivamente es el juicio de valoración; de este modo, la exigencia de cuidado es una construcción que conjuga datos del tipo objetivo, y de la previsibilidad y evitabilidad individuales.

Así como Kindhäuser (2008, s.p.) ubica el análisis del tipo objetivo, diferenciando la infracción a la norma de la simple inobservancia de los reglamentos, ya a finales del siglo XIX hacía similar esfuerzo el profesor cubano González (1983), quien aseveraba que, si se imputaba a título de la inobservancia de los reglamentos, era menester establecer que entonces no se trataba del resultado del análisis del carácter objetivamente antijurídico de la acción y que, en realidad, en esa circunstancia no se castigaba luego a título de culpa, sino de falta o infracción (pp. 331-332). Solo puede entenderse este último planteamiento si se considera que la culpa es un reproche al descuido en lograr la intención de la acción; esto es, el fin; mientras que la sanción por falta o infracción, que diferenciaba González, es verdaderamente un reproche a la acción, sin valoración sobre las propiedades de la conducta, de tal suerte que, para el autor queda clara la inquietud que ahora es una afirmación: Se puede infringir la norma de cuidado en situaciones que van más allá de la inobservancia de los reglamentos.

IV. CONDUCTA LIBRE Y EXIGENCIA DE PREVISIBILIDAD: APUNTES PARA LA TIPICIDAD

No basta la existencia de una ley penal, que tenga implícita una norma prescriptiva general y un bien a proteger, sino que se hace necesario un recorrido lógico para la imputación, el que va desde la revisión *ex ante* de la conducta vinculada al resultado lesivo, analizada con pretensión de objetividad y desde parámetros objetivos —que no dejan de ser tales, en tanto derivados de una norma válida general, porque se establezcan considerando datos subjetivos—, hasta la construcción de la *norma acción* y la afirmación de la infracción al deber de cuidado, cuando de delitos culposos se trata. La anterior perspectiva es confirmada por Roxin (1999), al explicar que «cuando no se ha incrementado considerablemente el riesgo, no ha lugar a imputación» (pp. 366-367); Barrera (2006), quien argumenta cuándo puede afirmarse la tipicidad en un caso de conducta culposa, bajo una mirada latinoamericana (s.p.),

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

y Larrauri (1998), quien razona sobre la forma en que la averiguación o indagación de cómo se llegó al resultado es esencial para la afirmación de la tipicidad (pp. 42-43).

La determinación de la diligencia debida es esencial para que se complete el tipo y se respete el principio de legalidad (Silva, 2001, p. 559). A mayor precisión en cuanto a la conformación de la norma de cuidado, mayor tributo al cumplimiento del principio de legalidad, el que queda en entredicho, ante la imposibilidad de prever todas las conductas culpables posibles; de ahí que se afirme la crisis del aforismo *nullum crimen et nulla poena sine lege* y se sostenga la necesidad de un Derecho penal compatible con los valores fundamentales de la comunidad internacional (Fernández, 2002, pp. 396-397).

Así, en el tema de los delitos imprudentes, se demarcan como conductas culposas las que afecten una regularidad manipulable, planeable y causal, de manera no intencional, y se entiende que hay injusto si la conducta resulta opuesta a una norma prohibitiva y a una norma de comportamiento modal, entendido este término como propiedad del comportamiento: No es lo mismo conducir un vehículo descuidadamente que hacerlo con descuido. El conducir con descuido es lo que interesa al análisis en la infracción al deber de cuidado, y bien puede ser que haya habido tal descuido, porque se hizo descuidadamente o por otras razones: por ejemplo, porque hubo un fallo en la previsibilidad. En el análisis del injusto se revisa la conducta global del sujeto frente al bien jurídico (y a ello se refiere el cuidado), y no solo la forma en la que se haya realizado la actividad concreta con la que se perseguía alcanzar el fin propuesto.

En aceptación al pensamiento de Muñoz Conde (2012) y Kindhäuser (2008), coincidentes con dar la calificación de objetiva a la construcción de la norma —por ende, anterior al cotejo de la conducta con esta—, la precisión de la *diligencia debida* parte de establecer cuáles habrían sido los resultados lesivos inevitables, y cuáles, en cambio, pudieron haberse previsto y evitado, por el sujeto activo, en las circunstancias en que se produjo el hecho y bajo el perfil de previsibilidad (cognoscibilidad) y evitabilidad personal del sujeto actuante, así como de determinar los riesgos que, conforme a la cultura del tráfico relacional, serían socialmente adecuados.

Se establece, entonces, la norma de acción como parámetro del juicio a la conducta, la que ha de incluir los mandatos de prohibición y de

acción (procedimental a la actividad). En el caso de que la intervención sea especializada, reglada, o de riesgo legalmente controlado o reglamentado, se revisará la lex artis para establecer la norma técnica, mas no bastará esta para construir la diligencia debida, sino que se harán necesarias las máximas generales de la experiencia. El decidir actuar haciendo caso omiso de las propias posibilidades de actuación sería, en sí, un acto imprudente, aunque no violente mandato alguno de acción.

A la par de la previsibilidad objetiva se fue desarrollando doctrinalmente la evitabilidad objetiva, referida a lo posible y probable, y llamada a ser otro parámetro para definir el contenido del deber objetivo de cuidado, en tanto el deber subjetivo es determinable a partir de cuestionarse sobre las circunstancias que conociera el sujeto activo y su saber experimental de carácter general (Córdova, 2012, pp. 213-226).

En Kaufmannn (1986), otro es el análisis sobre la llamada *previsibilidad subjetiva*, la que a su juicio sería determinante de la penalidad, dado que la tipicidad habrá de basarse en la configuración objetiva del deber jurídico y su infracción (p. 5). La afirmación de Kaufmann no puede tomarse como absoluta, pues la tipicidad subjetiva tiene en cuenta la previsibilidad de referencia, en las legislaciones que han abandonado los postulados causalistas, por lo que su función, como determinante de la penalidad, no es excluyente; e incluso, los elementos del tipo subjetivo son tomados en consideración —o debieran serlo—, en la determinación de la norma de acción.

4.1. Imprudencia en el hacer y el decidir, hacerse cargo de la fuente de riesgo

Los delitos imprudentes, desde el enfoque doctrinal, no se agotan en la posibilidad de una infracción al deber de cuidado. Kaufmann (2006, p. 185-186) admite la posibilidad de delitos imprudentes de comisión por omisión propia, y resalta, con apoyo en la jurisprudencia española de la década de los noventa, como imputable, la negligencia derivada del conocimiento de: a) La situación generadora del deber de actuar; b) la capacidad para realizar la acción impuesta, «o cuando el obligado a realizar la acción no alcanza la meta posible por la forma descuidada o inadecuada en que intenta dar cumplimiento al deber de garantía» (Reátegui, 2009, p. 431).

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Cuatro décadas separan al deber objetivo de cuidado, como construcción, de los delitos por infracción a deberes especiales, mas todos, incluido el de la «posición de garante», son conceptos derivados de antiguos postulados; así, clásica ha sido la vinculación entre posición de garante e injerencia, entendida esta como la conducta precedente que genera el riesgo (el hombre que abre una zanja en la calle, por ejemplo). Según Izquierdo (2006, pp. 329-343), Welzel negaba la vinculación de la injerencia como causa de la posición de garante, sin explicitar razones, mientras Jakobs la afirmaba. El argumento de Jakobs sobre la libertad de organizar con responsabilidad sobre las consecuencias parece aceptable, tanto como la postura de Roxin (2010, pp. 379-411), cuando rechaza la imputación a quien, en el rol de salvador (por ejemplo, el bombero voluntario), genera o incrementa de manera no intencional, un riesgo, y este incide en el resultado. El autor excluye de reproche social (y no de afirmación del injusto), por razones de política criminal, pero no de técnica jurídica.

A manera de síntesis, los presupuestos para la afirmación de una conducta ceñida al deber de cuidado en un sujeto con capacidad de imputación serían:

a) La conducta como acto libre;

b) la posibilidad de previsión del resultado;

c) la posibilidad de previsibilidad de las consecuencias (prevé y previene);

d) la obligatoriedad de esa previsibilidad;

e) la cognoscibilidad de los requerimientos indispensables para colocarse en la posición de garante del bien, y la cognoscibilidad de la forma en que se requiere actuar para lograr el fin lícito propuesto, sin hacer daño; y de lo que debe dejarse de hacer, para garantizar que no se genere o incremente un riesgo de lesión al bien jurídico protegido, en el camino a obtener el fin;

f) la atención al deber de prevenir, y al deber de actuar en coherencia con la prevención efectuada;

g) en el caso de que, para obtener el fin lícito, deba realizarse una actividad, un accionar, que la actividad se efectúe conforme a la máximas de la experiencia existentes, las leyes y los reglamentos vigentes y aplicables a ello, y la *lex artis*;

h) en el caso de que de la revisión de lo previsible, y del cómo debe actuarse, se llegue a la conclusión de que se carece de los conocimientos y destrezas indispensables, abstenerse de asumir la fuente de peligro;

i) si se asume la fuente de peligro, mantener el control sobre esta; y

j) actuar con discernimiento sobre cómo responder al deber negativo de no disminuir las posibilidades que tiene un bien, de no ser puesto en riesgo en espacios no autorizados.

Así, la diligencia debida como deber no puede ser dotada de un contenido tradicional y excluyente de los mandatos de prohibición o de acción, típico de los deberes jurídicos, sino que es necesario subir el estándar epistémico, pues debe admitirse que pueden coexistir ambos, los que resultan necesarios para cumplir con un deber de caución, protección o cuidado.

Por lo anterior, se considera útil el modelo teórico que, desde Latinoamérica, impulsa Navas (2015), con la propuesta de conceptualizar los deberes como positivos y negativos, de tal suerte que el de cuidado sería un deber en sentido negativo, en atención a que lo prohibido es generar o incrementar un riesgo. Finalmente, si para ello se debe actuar de una determinada manera, o dejar de actuar, el deber ha de ser definido caso por caso.

En lo que respecta al acto libre, el concreto deber de cuidado es útil en la medida en que existan las condiciones para su exigibilidad con respecto al sujeto activo, quien debería tener otra opción de comportamiento; la inexigibilidad de otra conducta es la base de la eximente de la responsabilidad penal, de análisis en la etapa del reproche penal.

4.2. Conducta libre y exigencia de previsibilidad

La capacidad de querer y de entender son los supuestos necesarios del libre albedrío y este se sostiene en la medida en que el sujeto haya tenido la posibilidad de actuar de manera diversa a como lo hizo. Un dato a enfatizar resulta de la postura de Roxin (2010), quien afirma que, con la realización del riesgo no permitido, sucede algo «ligeramente distinto» que con la ejecución general del peligro, que solo depende de la adecuación o previsibilidad del curso causal. Es cierto —añade— que para la cuestión del riesgo no permitido también es importante si la conducta no cuidadosa tiene repercusiones causales y si estas han aumentado el riesgo, o si este último alcanza una medida relevante,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: 1810-0171
RNPS: 0504

> pero también allí donde el curso causal esté en un nexo perfectamente adecuado con el riesgo no permitido, quedará excluida la imputación del resultado si la evitación de tales consecuencias no es el fin de protección, sino solo un reflejo de la protección del deber de cuidado. (p. 378)

Por ejemplo, si las luminarias de una bicicleta están dañadas y se produce un choque entre otros ciclistas, tal resultado será ajeno a quien tenía a su cargo el deber de mantener iluminado el trayecto, con su bicicleta, para sí y no lo ha hecho, pues el fin de protección de su deber es el de evitar accidentes que procedan directamente de la bicicleta propia y no los choques entre terceros.

Cancio Meliá (s.f.) le atribuye a Roxin la introducción del elemento diferenciador entre el constructo finalista y las posturas funcionalistas, en la secuencia en estas últimas, para la imputación objetiva: El alcance del tipo.

Más allá de la postura de Kindhäuser (2008) o Kaufmann (2006), se suscribe la de Muñoz Conde (2012) cuando explica que «[…] también el rol que desempeña el sujeto, puede ser determinante para la exigencia de un mayor deber de diligencia» (p. 70), por cuanto se considera que tal papel es determinante a la exigencia, o no, de asumir la fuente del riesgo, y con influencia, asimismo, con respecto a la obligatoriedad de las condiciones en las que se la asume. Es decir que, en Muñoz Conde (2012), uno es el deber de garante y otra la exigencia de cuidado objetivo o deber objetivo de cuidado.

De ahí que se mantenga el deber en quien delega, cuando lo hace a quien carece de competencias, tanto para decidir el asumir el reto, como para llevarlo a cabo, en la esfera de una organización empresarial. Su rol y su acción imprudente le impedirán desligarse. Ello con independencia de la responsabilidad del colectivo, por defecto en la organización y por beneficio de la desorganización, con independencia de que las reglas de autorregulación (*compliance*) contribuyan a la determinación de espacios de incumbencia y funciones (Demetrio y Piedecasas, s.f., s.p.).

Por ende, existe por un lado un deber (de garante), en función del rol, y por el otro, un deber objetivo de cuidado, diligencia debida o norma de acción personal, que depende de la intervención en el tráfico relacional. Estos son conceptos que han sido utilizados para dar referencia a la norma de acción (no de actividad), o lo que es lo mismo, a la norma de

conducta debida, y que marcan el juicio sobre lo que el potencial imputado debió hacer o dejar de hacer (Choclán, 1998, p. 28). Lo anterior no niega la existencia de elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, los que si bien es cierto que ya se encontraban en el pensamiento penal de la década de los treinta del siglo pasado, según afirma Roxin (2010), hoy resultan de una presencia indiscutida (p. 280).

Cabría preguntarse si el dolo puede considerarse como indicio, a partir de los conocimientos, las capacidades del sujeto y las circunstancias del hecho. La violación de un deber de cuidado, cuando se tiene plena capacidad de comprensión y de reacción ante las circunstancias, en la opinión de las autoras, podría operar como un indicativo —a nivel de indicio tan solo— de una potencial actuación dolosa. Por ello, se pone de relieve que el principal teórico de la llamada *diligencia debida*, Engisch (2008), no dirigió su análisis a los delitos imprudentes, en exclusiva. Lo anterior no obsta para reconocer que el uso natural del instrumento «deber objetivo de cuidado» está relacionado con la determinación del actuar imprudente.

Apunta Maurach (1962) que «la imprudencia parte de una determinación con valoración normativa, mientras que al dolo es imposible desvincularlo de elementos psicológicos, a más de los datos objetivos que den cuenta de la intencionalidad lesiva» (pp. 215). Así, el análisis del injusto podría realizarse incluyendo la constatación de la infracción en el deber objetivo de cuidado, para integrar el injusto, si se tratara de delitos culposos o, exclusivamente, auxiliarse en la valoración del comportamiento, en los dolosos. De este modo, el deber de cuidado se insertaría como si fuera parte de una de las «teorías del significado del comportamiento», sobre las que Jakobs (2000) basa el sentido social de la conducta (p. 207).

En conclusión, la revisión de la tipicidad conlleva, según las circunstancias del momento de la conducta, la valoración acerca de cuál era —razonablemente— el comportamiento a asumir por parte del sujeto, de tal manera que fuera muy probable que, de no darse este, se produciría una consecuencia lesiva. Muñoz Conde (2013) sostiene que el concepto de cuidado es, en primer lugar, objetivo y normativo. Objetivo, por cuanto no interesa para establecerlo cuál es el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización de una conducta determinada. Luego viene el juicio normativo, consistente en la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por este,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

realmente. Así, solo es contraria al cuidado la conducta que quede por debajo de la medida adecuada socialmente (pp. 68-79).

Ahora bien, puede existir error sobre la previsibilidad general o la obligatoriedad de esa previsión, o falta de comprensión de lo que el cumplimiento de la previsión exige, mas ello formará parte de los errores de tipo o errores de prohibición, según el caso, y que si fueran de carácter vencible, darían soporte al delito imprudente (Castillo, s.f., s.p.), sin que tales errores afecten el contenido ni los límites de la previsibilidad en general, incluso, sin que se afecte o se considere infringido el mandato de acción o actividad a realizar, pero sí violado el deber de cuidado, por lo anteriormente expuesto.

Para Muñoz Conde (2013), se trata de actuar conforme a «reglas de cuidado», pues está prohibido desatender el rol de garante. Apunta que, para construirlas, se hace necesario recurrir a criterios abstractos y destaca conceptos como el de buen conductor, para resaltar que, en realidad, se recurre a valoraciones culturales. Asimismo, el autor explica que la construcción de las reglas, a veces, resulta fácil a partir de las normas administrativas, entre ellas las procedimentales, la experiencia o algunos principios, como los de *confianza, adecuación social* y *riesgo permitido*. Entre los anglosajones, el criterio fundamental en la actualidad es el de «conducta razonable», el que se identifica con los planteamientos del foro italiano, sostenidos desde 1935. De este pensamiento se discrepa en que los principios referidos sirvan para, desde su análisis, construir el concepto de rango cultural. El de confianza, el de adecuación social de la conducta, el de riesgo permitido, al igual que el de autorresponsabilidad de la víctima, e incluso, el de la prohibición de regreso, servirán para poner coto o límite al contenido del deber objetivo de cuidado, pero no para la construcción de este ni del mandato de acción, pues lo primero estará ligado a la previsibilidad, cognoscibilidad y evitabilidad, de ahí la coincidencia con Muñoz Conde (2013) en que el mandato de acción se construye a partir de reglas técnicas, pero no solo de estas como él mismo apunta, sino de las valoraciones culturales (pp. 215-222).

V. ANTIJURIDICIDAD

El deber jurídico, en el caso que se analiza, se sustenta en la observancia de la prohibición de someter a riesgo de lesión a un bien jurídico, con lo cual se cauciona o garantiza este. Cuando se interviene en una ac-

tividad peligrosa o ya existe un riesgo, la interdicción consiste en no incrementarlo.

El deber se cumple si se capta la forma más adecuada de realizar una actividad peligrosa, y se tiene la capacidad para aprehender al riesgo como objeto de análisis, prever las consecuencias, valorar los cursos de acción, decidir y actuar omitiendo acciones de peligro innecesarias y adoptando las medidas que luzcan razonables.

En materia penal, toda fuente que escapa a la ley y al contrato, se presenta en la forma con la que se suele justificar la obligatoriedad posible, es decir, bajo el concepto de «conducta precedente». Esta va ligada a asumir una fuente de riesgo de manera voluntaria; entrar en el llamado «rol de garante» por decisión personal, como acontece, por ejemplo, en el caso de quienes asumen la labor de bomberos.

Revisar la antijuridicidad de la conducta pasa por examinar la antinormatividad; generada la norma de cuidado para el caso, corresponde constatar el curso de la acción hasta el resultado: lo hecho con lo que debió ser hecho. Así, la norma de cuidado se presenta como la de valoración, con los mandatos de acción y de prohibición posibles, mientras que la norma de acción es siempre metódica y no prohibitiva. La complejidad del sintagma «infracción al deber de cuidado» es tal que, por un lado, se evidencia la finalidad procedimiental, pues al no ser prohibitiva, sino de proceso sistémico, su carácter de insumo de valoración la coloca en el ámbito metodológico, y no teórico; por otra parte, es elemento definitorio de la confirmación de antijuridicidad, pues esta, en lo material, se construirá en la medida en que haya lesión a un bien jurídico protegido, como producto o resultado de esa infracción de deber. En ese sentido, el deber contiene la norma o prescripción de validez jurídica (Schünemann, 2002, p. 29).

La norma de acción es de trascendencia, entre otras herramientas posibles, para determinar la infracción al deber objetivo de cuidado. Especialmente, desde la década de los cincuenta del siglo xx, se ha venido trabajando por determinar con qué criterios se resalta que hay lesión al deber objetivo. Uno de los pioneros de tales trabajos es Quintano Ripollés (1958), para quien la lesión se determina siempre que se logre establecer una conducta contraria a la norma socio-cultural que demanda una actuación de un modo lógico a la preservación del bien jurídico (pp. 264-266). Revisar la antijuridicidad, pasa también por constatar si los riesgos generados son aceptados por la colectividad

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

como necesarios y de presencia inevitable, con el carácter de peligro mínimo.

El análisis de la medida de cuidado exigible, a partir de las circunstancias y los desafíos en la actuación del sujeto, es fundamental para determinar si en el caso concreto hay una *no exigibilidad* de otra conducta, lo que antecede al juicio de reproche (Vial del Río, 1969, s.p.). En la etapa del examen de la antijuridicidad de la acción resulta relevante la realización del llamado *juicio de peligro*, como evaluación *ex ante*, mediante la cual el juzgador se sitúa en el momento en que se realizó la acción.

En síntesis, a fin de revisar la posibilidad concreta que tenía el sujeto de prevenir las consecuencias, el juzgador conoce la situación de hecho en la que se ha realizado la acción, la analiza, conforme a las reglas de la sana crítica, e infiere si es dable deducir que la acción, realizada en la forma y circunstancias en que se realizó, produciría la lesión al bien jurídico. Así, la acción queda evaluada como *objetivamente peligrosa*.

No viene al caso profundizar sobre las relaciones concursales que pueden darse entre los delitos de peligro y los de lesión, y el grado de conciencia y aceptación diferenciados, según se trate de dolo de peligro o de dolo de lesión. Tan solo se anota para resaltar que existen múltiples derivaciones en dependencia de las posturas teóricas que se adopten. En la revisión de la antijuridicidad, habrá de hacerse la revisión de las posibles causas de justificación. En el parecer de las redactoras, el llamado estado de necesidad podría sustentar la no existencia de antijuridicidad conglobante y la ratificación de una actuación acorde con el deber de cuidado.

En lo que interesa al análisis que se efectúa, cabe centrar la relevancia en la determinación de la previsibilidad potencial del sujeto y en que, para ello, se hace necesario revisar su formación e información, así como su experiencia.

Anota Muñoz Conde (2013) que previsible objetivamente lo es casi todo, por lo que otro criterio limitador de la causalidad —y al que por cierto recurre la teoría de la causación adecuada— es el de la diligencia debida, pues aunque se realice la acción bajo el resultado lesivo previsible, si se hace con la diligencia debida, se mantiene en el ámbito de lo jurídicamente permitido (p. 22), y una vez violentada esa diligencia debida, bien puede acontecer que surja un acto subsecuente que haga que el sujeto actuante reaccione evitando —de ser posible— la lesión material.

En realidad, establecer una conducta disconforme con la norma pasa por admitir dos realidades: Lo accidentado del llamado *deber jurídico* y la consecuente necesidad de afirmar la racionalidad práctica de la norma de acción particularizada, en términos de Roca (s.f., p. 25).

Cancio (2010) recalca que el tipo objetivo se analiza dentro del todo de referencia en el injusto y no de manera aislada, y —refiriéndose a Jakobs— destaca que no puede entenderse como un escalón propio de valoración (p. 148).

Puesto de relieve que solo en el análisis del injusto (antijuridicidad y tipicidad) tiene relevancia el deber de cuidado, corresponde enfatizar en la visión sistémica de la antijuridicidad, a fin de captar el sentido comunicacional de la conducta final afectada por la culpa, volviendo a la retrospectiva.

Visión sistémica de la antijuridicidad posible

En el deber de cuidado coexisten construcciones con aspectos axiomáticos e imperativos (Martínez, 2013, s.p.). Lo llamativo en el tema del deber de cuidado es que, primero, sea el deber jurídico negativo el que conlleve a una gran prohibición: La de anular las posibilidades de que el bien protegido resulte indemne en el necesario tráfico relacional, y luego, se dé la opción de que haya un mandato de acción, en el contexto del mandato de cuidado o norma de cuidado, o cuidado exigible (Jakobs, 1997, p. 1000).

Resulta clara la postura que, a dicho de Choclán (1998) tiene Scholzs, para quien la regla de conducta está llamada a ser «el resultado de una valoración de posibles peligros (en el ámbito de actuación) a base de experiencia y razonamiento» (p. 92). En Zaffaroni (2006), el tema de las capacidades especiales y su consideración, para fines de construcción de la norma de cuidado y de valoración en el juicio de reproche, pasa por captar que no hay un deber de cuidado de contenido estandarizado, sino que a cada conducta corresponde un deber de cuidado (p. 427).

Cuando este último autor rechaza el carácter de deber objetivo del cuidado, lo hace desde una postura política, pues repudia la instauración del adelantamiento de la barrera punitiva hacia zonas de riesgo, ya que ello podría ir en detrimento del ciudadano. Su posición luce convincente para quienes creen que el lugar del Derecho penal es el de coto o límite al poder punitivo del Estado. Aunque la posición de Zaffaroni es respetuosa de la lógica de los sistemas normativos, no se suscribe la

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

idea de entender como objetivo el deber construido desde un juicio, que abarca el tipo objetivo y el subjetivo, y que es general, en el sentido de oponible a terceros, al haber llevado a máxima la conducta posible y esperada, con un fundamento razonable.

Ahora bien, solo haciendo un paralelismo inaceptable entre el deber objetivo y el subjetivo, y los tipos objetivo y subjetivo, puede llegar a afirmarse que no es dable sostener un deber objetivo, pues este siempre es subjetivo. Justamente porque siempre es subjetivo, no hay necesidad de calificarlo; cuando se añade lo de *objetivo*, su referencia escapa a la dicotomía positivista. Por su parte, Choclán (1998) enfoca el tratamiento del deber de cuidado bajo los parámetros de deberes especiales (p. 92), y Pérez (1994), citando a Schüneman, advierte sobre los riesgos de recurrir a las «reglas de la técnica» y llevarlas a dotar de contenido a las normas de cuidado, por lo riesgoso de darles a ellos —a los técnicos— la medida del riesgo a permitir (pp. 307-342).

VI. CONCLUSIONES

En el diseño del nuevo CPE, Cuba incorpora formulaciones sobre el delito culposo, asociadas a la *infracción de un deber de cuidado objetivo*, lo que obliga a los profesionales del Derecho a escudriñar en esta construcción teórica, que no estaba presente en la práctica y el discurso forense; de ahí la importancia de precisar *ab initio* los fundamentos doctrinales.

El deber objetivo de cuidado es jurídico y de carácter negativo; su contenido está dado por el respeto a las posibilidades que tiene un sujeto de que sus bienes jurídicos protegidos, con impacto en la ley penal, no sufran daño o menoscabo más allá del inevitable y propio del tráfico relacional, y de la búsqueda por los otros de un fin lícito, con miras a que todo ello se dé en el espacio del riesgo socialmente permitido.

Ese respeto a tales posibilidades pasa por que el sujeto titular del deber las conozca o se encuentre en capacidad de conocerlas; prevea los escenarios, nexos causales y efectos de sus acciones, las que podrían tener impacto en aquellas, disminuyéndolas o anulándolas, y que una vez que haya hecho la previsión, revise asimismo las probabilidades del daño producto de su actuación para, finalmente, si decide actuar, lo haga con estricto respeto a los procedimientos que ordenan o aconsejan la ley, los reglamentos, la *lex artis* y las máximas de la experiencia, junto con la sana crítica (lógica, conocimiento y experiencia).

El deber objetivo de cuidado, tiene acepciones diversas, referidas a la externalidad de la conducta y la valoración del cuidado, al inferirse de una norma válida y ser general, construido a partir de lo que sería el ideal de la respuesta humana, dadas las circunstancias.

En los delitos culposos aquel toma sentido como el ser reconocible, según lo exigible por parte de una generalidad, validado para el caso y cualquiera que estuviera en las mismas circunstancias y tuviese idénticos conocimientos.

Lo que particulariza al deber objetivo de cuidado, como herramienta de imputación, es que surge de revisar el comportamiento ideal de un sujeto con los mismos conocimientos y capacidades del actuante, en una situación en que se presentara el peligro a un bien jurídico protegido, producto de su decisión de actividad. Como mínimos de ese comportamiento se le exigiría: Valorar su propio conocimiento para enfrentar la situación de peligro; si decidiera actuar, no perder el control de la fuente de peligro y actuar conforme correspondería de acuerdo con la *lex artis*, las leyes, los reglamentos y las máximas de la experiencia.

Dado que el deber se refiere a la *diligencia debida* y podrá infringirse cuando el mandato de acción (procedimental de la actividad) se incumpla por error vencible, impericia, imprudencia o negligencia, y también por imprudencia en asumir la fuente de peligro, o bien por error vencible en la previsibilidad general o en la evitabilidad general del resultado, por asumir voluntariamente y de manera imprudente una fuente de peligro, o asumida la fuente de peligro, perder el control de aquella, de manera descuidada, no debe afirmarse la culpa sin la revisión de todos los factores que inciden en la tipicidad subjetiva, principalmente el error.

VII. REFERENCIAS

Alchourrón, C. C., y Bulygin, E. (2013). *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (2.ª ed.). Astrea.

Álvarez Gálvez, I. (2000). Sobre el concepto de deber jurídico de Hans Kelsen. *Boletín de la Facultad de Derecho,* (16), 15-57. www.e-spacio.uned.es-fes-eserv

Amos, K. (Mayo 9, 2007). Cien años de la Teoría del delito de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

internacional? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* (5), 1-15. http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf

Barrera, J., Melgar, M. y Pereira Garmendía, M. (2006). *Responsabilidad penal y accidentes de tránsito. Aportes de la teoría de la imputación objetiva.* AMF.

Bauman, Z. (2007). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.

Beck, U. (2002). *Sociedad de Riesgo.* Paidós.

Binder, J. (1912). Rechtnorm ud Rechstpficht. En Rodríguez Paniagua, J. M. *El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho*. www.Dianet.ElDeberJuridicoYLaObligacionDeObedienciaAlDerecho2062212%20(3).pdf

Bowen, N. (2015). *Supreme Court clarifies duty of carein negligence by police*. En *Lexis Nexis*. https://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/disputeresolution/synopsis/94424:98174/Claims-and-remedies/Tort-and-negligence?wa_origin=gnb

Cancio Meliá, M. (2010). *Estudios de Derecho penal.* Palestra.

Cancio Meliá, M. (s.f.). Aproximación a la imputación objetiva. www.saber.ula.ve

Castillo Codes, E. (s.f.) *Imprudencia y error.* http://www2.uned.es/ca-jaen-ubeda/ficheros/magina8/enrique.pdf

Choclán Montalvo, J. A. (1998). *Deber de cuidado y delito imprudente*. Bosch.

Cigüela Solá, J. (Enero, 2016). El injusto estructural de la organización. *InDret,* (1), 1-28. https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/305704

Corcoy Bidasolo, M. (2006). *El delito imprudente* (2.ª ed.). BdeF.

Córdova, F. (2012). Dolo y evitabilidad individual. *Pensar en Derecho,* (1), 213-226. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-y-evitabilidad-individual.pdf

Demetrio, E. y Piedecasas, J. R. (s.f.). Fundamento en la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de empresas. www.ciidpe.com.ar

Engisch, K. (2008). *La causalidad como elemento de los tipos penales.* (Trad. de la ed. alemana de Tübingen, 1931). Sancinetti, M. A. (Trad.). Hammurabi.

Fernández Carrasquilla, J. (2002). *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico-penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Franco Dell´Isola, M. (2009). *Delitos fiscales cometidos contra la Administración tributaria*. Carlos Álvarez Editor.

García Manrique, R. (2004). Radbruch y el valor de la seguridad jurídica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (21), 261-286. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217071.pdf

Gimbernat, E. (2010). Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible. En Amos, K. *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho penal y procesal penal*. Palestra.

Gómez Jara-Díez, C. (Abril, 2008). La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena. ¿El dolor penal como constructo comunicativo? *InDret,* (2), 1-31. https://indret.com/la-retribucion-comunicativa-como-teoria-constructivista-de-la-pena-el-dolor-penal-como-constructo-comunicativo/

González Lanuza, J. A. (1983). Plan programático de la asignatura de Derecho penal para el período 1893-94. *Universidad de la Habana*, 331-332.

Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de Derecho* (2.ª ed., Carrió, G. Trad.). Abeledo-Perrot.

Hart, H. L. A. (s.f.). Obligación jurídica y obligación moral (Espinoza, J. y Ortiz, A. Trads.). http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_5/articulos/1_Obligacion_juridica_y_obligacion_moral.pdf

Hassemer, W. (1982). ¿Alternativas al principio de culpabilidad? (Muñoz Conde, F. Trad.). *Cuadernos de Política Criminal,* (18), 473-482.

Izquierdo Sánchez, C. (2006). Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia, como fuente de la posición de garante. *Revista Chilena de Derecho, 33*(2), 329-343. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000200007

Jakobs, G. (1997). El concepto jurídico penal de acción. En *Estudios de Derecho penal*. (Peranda Ramos, E., Suárez Gonzáles, C. y Cancio Meliá, M. Trads.). Civitas.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Jakobs, G. (2000). La omisión: estado de la cuestión (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. Trad.). En *Sobre el estado de la teoría del delito*. Civitas. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=5759418&pid=S0718-34372006000200007000009&

Kant, I. (1999). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (Mardomingo, J. Trad.). Ariel.

Kaufmann, A. (1986). Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (t. 37), 5-22. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46247.pdf

Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión* (Trad. de la 2.ª ed. del alemán, por Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J. L.). Marcial Pons.

Kelsen, H. (1991). *Teoría pura del Derecho* (2.ª versión, trad. española). Porrúa.

Kindhäuser, U. (Octubre, 2008). El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva. *InDret,* (4), 1-35. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=278460

Larrauri, E. (1998). *Imputación objetiva.* Temis.

Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.

Luzón Peña, D. M. (Mayo 19, 2023). La acción o conducta humana como primer elemento y fundamento de todo delito. *Pensamiento penal* (sobre el original de *Foro FICP*), 1-53. https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90788-accion-o-conducta-humana-primer-elemento-y-fundamento-todo-delito

Martínez Lazcano, M. (2011). La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico. *Política Criminal, 6*(12), 214-251. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992011000200001 Documento recuperado en 2016-02-05

Martínez Quintero, R. (Julio-diciembre, 2008). El positivismo en el Derecho penal. *Misión Jurídica, 1*(1), 199-209. https://doi.org/10.25058/1794600X.9

Maurach, R. (1962). *Tratado de Derecho penal* (t. 2). (Córdova Roda, J. Trad.). Ariel.

Mir Puig, S. (1996). *Derecho penal. Parte general.* Tirant Lo Blanch.

Mir Puig, S. (Mayo 5, 2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. *Ciencia Penal y Criminología.* http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf

Montealegre Lynett, E. (1987). La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado. *Revista Chilena de Derecho, 14*(2-3), 259-311. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649607

Muñoz Conde, F. (2012). *Derecho penal, parte general* (8.ª ed.). Tirant Lo Blanch.

Muñoz Conde, F. (2013). *Teoría general del delito* (3.ª ed.). Temis.

Navas, I. (2015). Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en Derecho penal. *Política Criminal*, *10*(20). http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992015000200008

Parrado Agudelo, R. B. y Acevedo González, Y. P. (2013). *El límite entre el dolo eventual y la culpa con representación en los accidentes de tránsito a la luz de la ley 599 de 2000 en Colombia* [tesis de maestría en Derecho Penal, Universidad Libre de Bogotá]. http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7538/ParradoAgudeloRubbyBernardita2013.pdf;jsessionid=91A7BC52BBB206BFCDF0836A9086C04D?sequence=1

Pérez Duharte, A. (2007). *La autoría en los delitos omisivos* [tesis doctoral. Repositorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana].

Pisi de Catalini, M. (1988). *La teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale.* http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/4185/catalinicuyo89.pdf

Quintano Ripollés, A. (1958). *El Derecho penal de la culpa.* Bosch.

Quintero Fernández, M. E. (2008). *Acción y comunicación en el injusto penal.* Ara Editores.

Reátegui Sánchez, J. (2009). *La omisión impropia en el Derecho penal.* Jurista Editores.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Reinhard, F. (2000). *Estructura del concepto de culpabilidad*. (Fernández, G. D. Trad.). BdeF.

Rello Varas, M. (s.f.). La fórmula Radbruch sobre el derecho extremadamente injusto. *Standum est Chartae,* (16). Real e ilustre colegio de abogados de Zaragoza. http://revista.reicaz.es/n-016/la-formula-radbruch-sobre-el-derecho-extremadamente-injusto/

Reyes Alvarado, Y. (2013). *Imputación objetiva.* Temis.

Reyes Véliz, J. (2012). *Derecho penal moderno, parte general* (t. 1). Sociedad Editora Metropolitana.

Roca, V. (2002). ¿De qué hablamos cuando hablamos de deberes jurídicos? *Doxa,* (25), 471-501. https://doxa.ua.es/article/view/2002-n25-de-que-hablamos-cuando-hablamos-de-deberes-juridicos-al

Roxin, C. (2010). *Derecho penal. Parte general* (t. 1). *Fundamentos de la estructura de la teoría del delito* (2.ª ed. alemana), (Luzón Peña, D. M. Trad.). Civitas.

Sancinetti, M. (2008). Reflexiones sobre la obra de Karl Engisch: La causalidad como elemento de los tipos penales. *Derecho penal contemporáneo: Revista Internacional,* (25), 67-86. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3046450

Sánchez Ostiz, P. (Enero, 2015). ¿Incumbencias en derecho penal? Depende. *InDret*, (1), 1-26. http://www.indret.com/pdf/1104.pdf

Schopenhauer, A. (2003). *El mundo como voluntad y representación* (López de Santa Ana, P. Trad.). Trotta. http://juango.es/Arthur%20Schopenhauer%20-%20El%20mundo%20como%20voluntad%20y%20representaci%F3n.pdf

Schünemann, B. (2000). La culpabilidad: estado de la cuestión. En Roxin, C., Jakobs, G., Schünemann, B., Frisch, W. y Kölher, M. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario de la Universidad Pompeu Fabra). Civitas.

Schünemann, B. (2001). La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. En *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología.* UNED (Actas y Congresos).

Schünemann, B. (2002). Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* (1), 9-38.

Schünemann, B. (2012). *Sistema moderno de Derecho penal, cuestiones fundamentales.* BdeF.

Silva Sánchez, J. M. (2001). ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas. En *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología.* UNED (Actas y Congresos), 559-575.

Stratenwerth, G. (1980). *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad* (Zugaldía, A. y Bacigalupo, E. Trads.). Ediciones de la Universidad Complutense de Madrid.

Stuart Mill, J. (1910). *Utilitarism.* Everyman´s Library, Dutton & Co.

Terragni, M. A. (2000). *Estudios sobre la parte general del Derecho penal*. Universidad Nacional del Litoral.

Terragni, M. A. (2004). *El delito culposo.* Rubinzal-Culzoni.

Vial del Río, V. M. (1969). *La no exigibilidad de otra conducta como causa de la exclusión de la culpabilidad.* Editorial Jurídica de Chile.

Zaffaroni, E. R. (2000). Los códigos penales de Latinoamérica. En *Códigos penales de los países de América Latina.* Suprema Corte de Justicia de la Nación e ILANUD-México.

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho penal, parte general*. Ediar.

Zugaldía Espinar, A. (1980). Acerca de la evolución del principio de culpabilidad. En *Estudios penales: libro homenaje a Antón Oneca*. Ediciones de la Universidad de Salamanca.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ARTÍCULO DE REVISIÓN
Recibido: Agosto 4, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: UN ANTES Y UN DESPUÉS

THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY: A BEFORE AND AFTER

Dra. Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez
Magistrada, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo Popular, Cuba
Código ORCID: 0000-0002-0032-9717
rufina@tsp.gob.cu

Resumen

La reforma procesal latinoamericana, como movimiento renovador que introdujo en la región el principio de oportunidad, da inicio al presente artículo, en el cual, mediante un diálogo teórico, del principio de legalidad con el de oportunidad, se transita por: surgimiento, desarrollo, clasificaciones, ventajas, desventajas, puntos de contactos y aparentes contradicciones con otros principios, ponderación constitucional y efectos procesales de la aplicación. Los resultados del estudio empírico realizado constituyen el soporte científico para argumentar que, en lo social, lo normativo, lo judicial y lo económico, tal principio, en su versión reglada, ofrece ventajas que se erigen en razones de política criminal, al permitir descongestionar el sistema judicial; concentrar los esfuerzos en una eficaz persecución de los delitos más graves, con una actual tendencia hacia la criminalidad organizada; ampliar las posibilidades de reinserción social a los sujetos involucrados en hechos de poca lesividad; resarcir a la víctima; y, como colofón, tributar a la necesaria economía procesal. En virtud de lo anterior, se analiza la forma y manera en que la Ley No. 143, de 2021, introdujo el referido principio y en qué se debe trabajar para que dicha institución crezca con buena salud en el proceso penal cubano.

Palabras clave: Proceso penal; principio de legalidad y oportunidad procesal; criterio de oportunidad; oportunidad libre y oportunidad reglada.

Abstract

The Latin American procedural reform, as a renovating movement that introduced the principle of opportunity in our region, begins this article that, through a theoretical dialogue, principle of legality-opportunity, moves from its emergence, development, classifications, advantages, disadvantages, points of contacts and apparent contradictions with other principles, its constitutional weighting and the procedural effects of its application. The results of the empirical study carried out constitute the scientific support to argue that, from the social, regulatory, judicial and economic aspects, the principle of opportunity, in its regulated version, offers advantages that arise from criminal policy reasons, while allow the decongestion of the judicial system; the concentration of efforts on an effective prosecution of the most serious crimes, with a current trend towards organized crime; wide possibilities of social reinsertion to the subjects involved in acts of little social danger; the effective compensation to the victim and, as a climax, pays tribute to the necessary procedural economy. By virtue of the foregoing, the form and manner in which the new Criminal Procedure Law introduced the aforementioned principle is analyzed and what we must work on so that said institution grows in good health.

Keywords: *Criminal process; principle of legality and procedural opportunity; opportunity criterion; free opportunity and regulated opportunity.*

Sumario

I. Introducción; II. El principio de legalidad como eje conductor del proceso penal; III. Principio de oportunidad; 3.1. Sistema de oportunidad libre; 3.2. Sistema de oportunidad reglada; IV. Distinción entre principio y criterio de oportunidad; V. Efectos jurídicos de la aplicación de los criterios de oportunidad; 5.1. La extinción de la acción penal pública; 5.2. Suspensión del ejercicio de la acción penal; 5.3. Conversión de la acción penal; VI. Panorama cubano con la Ley del proceso penal. VII. Conclusiones; VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El enjuiciamiento criminal abrió las puertas al siglo xxi tratando de resolver la disputa por la supremacía entre dos modelos de juzgamiento;

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

de una parte, el llamado sistema adversarial con raíces en el antiguo proceso germánico; de otra, el proceso continental europeo que, pese a tener orígenes inquisitivos, ha sido penetrado por diversas instituciones propias del sistema acusatorio, para dar lugar a un esquema procesal acusatorio formal o mixto.

En este camino, ya no es posible afirmar que los sistemas de justicia son absolutamente puros; el anglosajón, fundamentado en su paradigma de precedente judicial, y el romano-latino-francés, en su codificación, tienden puentes que tratan de tomar de uno y otro lo mejor de sus instituciones; sin embargo, ello se ha querido presentar como la irrupción única del primero, lo que tiene muchas aristas y puntos oscuros (Schünemann, 1991, p. 111).

En esta controversia entre modelos es, precisamente, donde no puede perderse de vista la relación entre los principios de legalidad y de oportunidad, el uno presidido por las concepciones absolutas de la pena, y el otro, animado por las ideas político-criminales propias de las corrientes preventivas.

La incorporación del principio de oportunidad al proceso penal obedece a cuestiones de índole plural, dogmáticas, procesales, constitucionales, político-criminales, orgánicas, económicas... que aparecen condicionadas por las corrientes minimalistas y de expansión del Derecho penal.

El gran dilema que se enfrenta en la lucha contra la delincuencia contemporánea está marcado por la necesidad de mantener los principios y garantías conquistados en el curso de una evolución jurídico-penal garantista y el clamor cada día más creciente de seguridad que exigen los ciudadanos, en un escenario donde la criminalidad organizada crece, el sujeto comisor del delito cambia sus paradigmas, se cuestiona la eficacia de la pena y sus alternativas, las tecnologías en ocasiones devienen mecanismos facilitadores del delito, se incrementa el riesgo y la violencia y, finalmente, se internacionaliza el delito, y los instrumentos se convierten en pautas y lineamentos para conformar un modelo de enfrentamiento al crimen.

Un ordenamiento penal está informado por el principio de oportunidad, cuando los titulares de la acción penal están autorizados a prescindir de su promoción, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma.

El principio de oportunidad tiene su génesis en el sistema del *Common Law,* y su primera expresión normativa se ubica en Alemania, mediante

la Ley *Emminger*, de 4 de enero de 1924 —Artículo 153—, en virtud de la cual el ministerio público quedó facultado para abstenerse del ejercicio de la acción a fin de dar satisfacción a determinadas condiciones, como son: a) reparar el daño ocasionado; b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

La comparación entre el modelo teórico-metodológico y político-criminal del principio de oportunidad abordada en la doctrina y el Derecho comparado, y el diseño de este en la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], es lo que motiva a incursionar, en el plano académico y profesional, en «El principio de oportunidad: Un antes y un después» (de la reforma procesal penal), tema en el que se ha adoptado una concepción eminentemente legalista.

Hoy, el panorama cubano se caracteriza por una creciente criminalidad no convencional, lo que, junto a la necesidad de dar un tratamiento más efectivo y económico al delito convencional de escasa envergadura, obliga a la utilización de mecanismos simplificadores del proceso penal, que lo hagan más ágil, eficiente y menos costoso.

La actualización del modelo socioeconómico en que se encuentra inmerso el país debe realizarse con un enfoque multidimensional, en el que los aspectos jurídicos desempeñan un importantísimo rol, perspectiva desde la cual el proceso penal cubano se ha reformado en correspondencia con el nuevo escenario económico-social y delictivo del país, y en concordancia con la doctrina procesal más moderna, en la que la solución al conflicto social creado por el delito es el eje central de todas las acciones que se instrumenten; y todo esto en la línea de cambios que exigen la implementación de los Lineamientos de la Política ecónomica y social del Partido y la Revolución, actualizados en el VIII Congreso del PCC (2021) y los retos para el milenio, en cuanto al acceso a la justicia y la calidad que de ella se demanda, materializados en la misión del ST: impartir justicia con apego a la ley, sentido de lo justo, racionalidad, prontitud, respeto a las garantías de las partes, transparencia, cumplimiento oportuno y efectivo de las decisiones y, con ello, la seguridad jurídica a la sociedad.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO EJE CONDUCTOR DEL PROCESO PENAL

Desde la óptica procesal, el principio de legalidad se enuncia bajo el axioma: *nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege,*

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

es decir que nadie puede ser castigado si no en virtud de un proceso legal, y que la norma penal solo puede ser aplicada por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función (Velásquez, 2002, p. 58). Es identificado, también, como principio de necesidad u obligatoriedad y consiste, esencialmente, en la obligación que le viene impuesta al ministerio público, por designación del Estado, de perseguir toda actuación que revista características de delito, según lo tipificado en los códigos penales, de manera que ninguna institución, ni persona natural, puede escoger voluntariamente si se persigue un delito, o no, aun cuando se sienta afectada por este.

El órgano represivo está en la obligación de perseguir toda acción u omisión que la ley sustantiva recoja como delito, obligación que perdura durante todo el proceso, pues una vez iniciada la investigación de este, ninguna autoridad tiene facultad para detener discrecionalmente el curso procesal.

Según Mendoza (2002):

> Existe una estrecha relación de este principio con el de igualdad, pues este último garantiza que no exista discriminación hacia las personas, respecto a que, por algún motivo, unos sean encausados y otros no, pues, por la obligatoriedad de persecución, todos sin distinción deben ser investigados ante la comisión de un delito que los involucre en su participación, sin consideración alguna de utilidad o conveniencia. (p. 193)

Esto significa una garantía de los ciudadanos frente al Estado, al instituir en el ordenamiento jurídico un actor penal oficial, el ministerio público, el cual impide que los ciudadanos puedan encargarse directamente de la acusación, lo que está determinado por la inexistencia de derechos subjetivos en el escenario penal que, a su vez, imposibilitan que el fiscal pueda hacer uso de ese derecho de manera discrecional.

Al respecto, el propio autor (2002) precisa que:

> En el ámbito penal no se reconocen derechos subjetivos a favor de las víctimas, por lo que no se constituye una relación jurídica similar a la que se produce en el plano privado. En el campo penal la relación se da entre el Estado y el imputado, en virtud del cual el primero es titular del *ius puniendi*; y el segundo, del *ius libertatis*. (p. 147)

> […]
>
> El principio de legalidad cubre todo el proceso investigativo y el proceso penal en su conjunto; unido a él, operan otros principios subsidiarios, principalmente en la fase investigativa, que condicionan el hacer de las autoridades que realizan la investigación, como es el principio de objetividad, sustanciado en la obligación que tienen los investigadores de buscar y plasmar, tanto los elementos que aporten para demostrar la culpabilidad del imputado, como aquellos que le favorecen. (p. 200)

Sobre el principio de objetividad, se han pronunciado Roxin (2006, pp. 53 y 330), Ore (2011, pp. 302-303), Neyra (2010, pp. 229-235), Cerda (2011, p. 210), Gimeno (1993, p. 156) y Goite (2002, pp. 186-187), quienes coinciden en que está referido a la obligación del ministerio público, durante la investigación y la realización de todo el proceso, de buscar los elementos de prueba que sirvan a la persecución y a la defensa del investigado; solo así se cumple con el principio macro, la legalidad, como se contempla en el Artículo 13 B de las directrices y recomendaciones de las Naciones Unidas, dictadas en el 8.º Congreso sobre prevención del delito y tratamiento al delincuente (8-CPDTD), realizado en La Habana en 1990.

El principio de legalidad tiene reconocimiento internacional, mediante su amparo en los artículos 14 y 15 del PIDCP, el 9 de la CADH, y los preceptos 6 y 23 c) del Protocolo segundo de 1977 (adición a los Convenios de Ginebra), entre otros.

Inconveniente resulta, tal como denuncia Llobet (2009, p. 110), que bajo el imperio de este principio, hasta hoy, no se conoce ningún Estado que haya podido combatir, perseguir y sancionar todos los delitos que se producen en la sociedad, ni lograr que todas las sanciones cumplan los fines que se perseguían con su imposición.

En sentido general, se puede resumir que el principio de legalidad es uno de los pilares básicos del proceso penal, que constituye una garantía constitucional, estrechamente vinculada a la igualdad y la seguridad jurídica, al constituir un límite al *iuis puniendi* del Estado. En él, se fundamenta la obligatoriedad del ministerio público de actuar con irrestricto apego a la ley, en la persecución penal y, con ello, en la promoción y ejercicio de la acción penal (Gatgens y Rodríguez, 2000, p. 34).

Como garantía constitucional encuentra sustento en la definición que hace De Pina (1989), al conceptualizar las garantías constitucionales

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

como las instituciones y procedimientos mediante los cuales la constitución política de un Estado asegura a los ciudadanos el disfrute pacífico y el respeto a los derechos que en ella se encuentran consagrados; y agrega que, cuando se habla de garantías, sin más especificaciones, se entiende hecha la referencia a las garantías constitucionales (p. 282). A ello también se refieren Arranz (1991, p. 7), y Prieto y Pérez (1999, s.p).

En tanto, su indisoluble relación con la seguridad jurídica viene dada por su carácter global, como se aprecia de lo expuesto por Goite (2002) al referirse al principio de legalidad:

> Pudiéramos denominar como garantía macro, principio universalmente reconocido que se entiende como la certeza práctica del derecho y representa la seguridad de que se conoce o puede conocerse lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder del Estado respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno, lo cual permite que se consagren otras garantías. (p. 201)

III. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La dinámica del acontecer social impuso a los países del continente europeo, con régimen penal mixto, un cuestionamiento sobre la aplicación rígida y automática del principio de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal; ello los condujo a plantear salidas estratégicas para descartar la acusación obligatoria en un número limitado de causas que, por razones de conveniencia o de utilidad social, no debían tener solución en la sanción penal; a raíz de este argumento procesal, por razones de beneficio social, nació, a la vida del Derecho procesal europeo, la figura del principio de oportunidad, que tiene su génesis en la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal, característico del sistema acusatorio del *Common Law*.

En la historia del proceso penal alemán, con más de cien años aplicando el principio de oportunidad, se encuentra el cimiento para su estudio (Armenta, 1991, p. 51). Dividido en tres grandes momentos: años previos a la I Guerra Mundial (1900-1914), el período de entreguerras (1918-1939) y el posterior a la II Guerra Mundial, cuyas características se mantienen hasta la actualidad, con algunas modificaciones de escasa entidad (Molina, 2010, p. 78).

Al decir de Armenta (1991, p. 51), fue mediante el Artículo 153 de la *Ley Emminger*, de 4 de enero de 1924, que nació, para el continente europeo, lo que hoy se conoce como principio de oportunidad, en virtud del cual el ministerio público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones, como son: a) reparar el daño ocasionado; b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

No obstante, si se busca la génesis legislativa histórica, se constata que todos los sistemas procesales trataron, de una manera u otra, de encontrar formas abreviadas y efectivas en la solución de los conflictos legales, y fuera de él. Por ejemplo, el Código de Hammurabi, recogió diferentes figuras jurídicas que persiguen ese objetivo, como la indemnización, la reparación del daño, la conciliación y otros diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos (párrafos 4, 49, 50, 51, 137, 159, 198, 206 y 207). En orden cronológico, se encuentran otros textos muy simples, pero con expresiones imperativas de gran rudeza: la Ley del Talión y la pena de muerte para el ladrón de mieses, redactadas entre 451 y 449 a. C., las cuales no fueron derogadas hasta Justiniano, a pesar de su desuso, pero que sientan las bases para la clasificación de los delitos a partir de su impacto social. Lo mismo ocurre con la Ley de las Doce Tablas, cuando el *fas* (lo lícito) y el *ius* (lo justo) se disocian, y el Derecho comienza un proceso de secularización, procurando buscar formas alternativas para la solución del conflicto. En general, se puede afirmar que la evolución del Derecho procesal penal siempre ha revelado figuras que, de una manera u otra, persiguen los mismos fines atribuidos al principio de oportunidad, fundamentadas en una política criminal clara y precisa, independiente de su contenido abstracto de justicia, pues es construida para cada momento histórico y político concretamente determinado. (Sanmartín, 1999, p. 218; Vásquez y Mujica, 2010, pp. 11-15).

Culminada la II Guerra Mundial, se produjeron significativos cambios en todos los órdenes de la vida económica, política y social de la humanidad, los que tuvieron su impacto en el Derecho en general y, en especial, en el Derecho procesal penal. En Europa continental, se impuso la necesidad de efectuar un cambio definitivo en las formas de juzgar de entonces, que influyó de forma categórica en la concepción que se tenía acerca del principio de legalidad en el proceso penal.

El surgimiento y suscripción, por los Estados, de importantes instrumentos internacionales en busca de la protección de los derechos

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

humanos: como la DUDH (10 de enero de 1948); la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (1948); el Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (1950); el PIDCP (19 de diciembre de 1966); y la CADH (22 de noviembre de 1969), evidenció, también, la necesidad de un proceso penal, más humano e individualizado.

Todo lo anterior, unido a la crisis del Derecho penal, y en específico de la punición —porque los fines de la pena no se cumplen—, lo infructuoso de los sistemas penitenciarios, el incremento del delito, en general (y del crimen no convencional, en particular), el colapso de las estructuras judiciales, la lentitud de los procesos, la corrupción de los sistemas de justicia, entre otros, conllevó al movimiento reformador europeo, iniciado por Alemania en 1974, que tomó como base para sus cambios las instituciones sindicadas en el sistema adversarial del *Common Law* de los Estados Unidos, como ha sucedido en diversas esferas. Respecto a este fenómeno, Langer (Maier y Bovino, 2001) señala que «la tradición jurídica continental europea y latinoamericana a lo largo de un período de más de cien años han importado del derecho anglosajón varias instituciones jurídicas» (p. 97).

El estudio de este principio en la doctrina penal no ha sido de fácil comprensión, dado el arraigo que en la cultura jurídica ha tenido, durante tantos años, el principio de legalidad. Lo han definido autores del talante de Gimeno (1991, p. 34), Tijerino (2007, p. 91), Maier (1978, p. 555), Cafferata (1996, p. 32), Roxin (2006, p. 89), González (1993, p. 67) y Bínder (1999, p. 211), entre otros. Todos, en sus definiciones, coinciden en que es una facultad o posibilidad otorgada por el Estado —en tal sentido, los términos *facultad*, y *posibilidad* están reconocidos como un elemento esencial del principio—; y que se puede ejercer la acción penal o no, al derivarse del poder discrecional del órgano encargado de establecer tal ejercicio, a diferencia de la obligatoriedad rígida del principio de legalidad. Tijerino (2007, pp. 91-93) y Roxin (2006, pp. 89-95) precisan que ese órgano es el ministerio público o fiscalía, indistintamente, según se le denomine en la legislación interna de cada país.

Otro elemento común, en las definiciones de los referidos autores, es que la aplicación del mencionado principio ocurre cuando se dan los requisitos y las condiciones previstos en la ley, es decir, el carácter reglado de este; subyace, también, que, al tratarse de la persecución, su ámbito de actuación es al inicio de la investigación y que, al referirse a

la acción, ocurre dentro del proceso penal. Maier (1978, pp. 555-564) y Sánchez (2005, p. 2) llegan a precisar que dicha actuación está condicionada por motivos de utilidad social, justicia material y razones político-criminales.

Mención especial merecen las consideraciones de Bacigalupo (1987, p. 4), con una posición amplia en la definición de este principio, entendiéndolo no tan solo como la renuncia del fiscal, sino también como el tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo. Esta posición abre los límites del proceso, ampliándolo a otros instrumentos de índole penal, o no, de solución de conflicto. Es decir, toda solución alternativa al conflicto penal, o que toda excepción al principio de legalidad sea una manifestación de oportunidad. Tan amplia concepción desnaturaliza el sujeto específico del principio de oportunidad que —como se ha definido— es el fiscal, y diluye su decisión en distintas instituciones jurídicas y fuera del proceso.

Las definiciones anteriores permiten establecer los elementos que conforman el alcance y contenido de este principio, consistentes en que: el titular de la acción penal puede prescindir de ella, bajo comprobadas condiciones; se otorga habiéndose confirmado un hecho punible contra un autor determinado, por motivos de utilidad social, justicia material y razones político-criminales; su núcleo fundamental radica, básicamente, en modificar el concepto de los fines de la pena; con su aplicación, no se busca la impunidad, por el contrario, lo que se pretende es una mayor eficiencia en el sistema legal; necesaria proporción entre conflicto y solución; y su aplicación puede ser reglada o no.

Es decir, el principio de oportunidad supone que, según criterios establecidos, aunque el hecho tenga naturaleza penal y el autor sea con probabilidad culpable, no se producirán otras actuaciones que aquellas conducentes a evitar o cesar el ejercicio de la acción penal, aplicando alternativas distintas a la sanción y, por tanto, se evitan procedimientos judiciales en supuestos que no merecen verdadera atención, como sucede en los casos de las infracciones llamadas de bagatelas.

Se define el delito de bagatela como aquel que hace referencia a un hecho insignificante, nimio. Dicho de otro modo, se trata de una conducta o un ataque al bien jurídico tan irrelevante que no requiere (o no necesita) intervención penal; se le clasifica como propia e impropia, la primera es la que nace sin relevancia penal, porque no hay desvalor en la acción (no existe peligrosidad en la conducta, es decir, idoneidad

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

ofensiva de relieve), o no existe desvalor del resultado (no se trata de un ataque grave o importante al bien jurídico), y la impropia es la que nace con relevancia para el Derecho penal, pero se comprueba después que para ese caso resulta totalmente irrelevante. (Armenta, 1991, pp. 23-24; Gomes, 2006, p. 753 y Benavides, 2016, p. 147).

El principio de oportunidad no es aplicable sin límites, puesto que funciona jurídicamente, como excepción del principio de legalidad, que ocupa un lugar de regla general. El ministerio público, si se apoyara en el principio de oportunidad puro y simple, conduciría a que pudiera determinar por sí qué hechos son perseguibles y cuáles no, con una clara intromisión en funciones que solo corresponden al legislador y, consecuentemente, violaría los principios de prevención general, igualdad ante la ley, legalidad penal y seguridad jurídica.

Conde-Pumpido (1986) refiere que

> la oportunidad reglada, como una excepción más al principio de obligatoriedad de la acusación, no contradice la legalidad, siempre que sea la propia ley la que fije los supuestos en que puede ser utilizada y determine los criterios o condiciones para su aplicación. (p. 35)

Esta postura es compartida además por Seoanes (2010, p. 97), Mellado (1991, p. 51) y Roser (2005, p. 175), quienes coinciden en que la mejor comprensión se logra mediante el binomio principio de legalidad-principio de oportunidad, pues cualquier concepción que se adopte respecto a este último debe partir inexcusablemente del anterior, ya sea para considerar al primero como excepción, o para entender que aquel se encuentra incluido en este.

Las dos últimas posiciones reconocen virtualidad y legitimidad al principio de oportunidad, con lo que se identifica la autora, pues en ellas está la esencia que ha colocado a este en el rango constitucional que se le ha otorgado y sirven de soporte sustancial al contenido de su naturaleza jurídica. Entonces, la esencia para la toma de postura está en utilizar el método jurídico de la ponderación de intereses, el cual dispone que quien quiera resolver o decidir conflictos de intereses, debe valorarlos y jerarquizarlos, adaptándose a cada situación concreta (Robert, 2001, pp. 35-49).

El referido método resulta útil para simplificar complejas situaciones decisorias, como lo son el valorar y escoger entre el interés público en

la investigación o el privado de la víctima o del imputado, enmarcándose la aplicación del principio de oportunidad en premiar la justicia, mediante la interpretación del Derecho basada en la ponderación de intereses (Hassemer, 1990, p. 3), por lo que, en un primer nivel, se podría afirmar que la incorporación de este principio puede responder a esta tendencia sobre la efectividad del Derecho penal.

En lo anterior, se abrazan las posturas a favor de su implementación, especialmente las de Conde-Pumpido, Maier y Binder, pero con la precisión de que no solo resulta necesario que los casos se encuentren en la ley taxativamente establecidos, sino también que existan ciertos mecanismos de control internos y externos y de registro, para el ejercicio de esa facultad por el ministerio público dentro de los límites franqueados en la ley y la Constitución, pues podría ser que la mala actuación de los funcionarios autorizados a su aplicación llegue a violentar derechos y garantías constitucionales, aunque ello también puede ocurrir bajo el imperio del principio de legalidad, en tanto su desatino no está en la esencia de los principios, sino en la conducta antiética que puede asumir el funcionario empoderado para decidir. Relacionado con este tópico, Remigio (2009) señala:

> [...] cada acto y decisión judicial, además de su incuestionable fundamento legal, debe caracterizarse por la transparencia, sensatez y ponderación que entrañe. Ninguna decisión absurda e irracional debe ampararse en una justificación legal. En materia de justicia, creemos firmemente que las insuficiencias serán siempre más atribuibles a los jueces que a las leyes. (p. 13)

Existen disposiciones internas del ministerio público encaminadas a unificar criterios en la aplicación de este tipo de salidas alternas al proceso y a verificar su correcto empleo, que a la larga vendrían a fortalecer la seguridad jurídica. Además, es necesario contar con una serie de controles externos, como pueden ser los que ejercen la víctima o el querellante, según el caso, y el juez, quien, con su aprobación o desaprobación en la aplicación de esta salida alterna al proceso, ejerce su autoridad al tomar la decisión definitiva.

Dos son los objetivos que se persiguen con la incorporación del principio de oportunidad, para que este se pueda convertir en auxilio eficaz: 1. La descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder penal ahí donde otra forma de reacción, frente al comportamiento desviado, puede alcanzar mejores resultados o donde resulte

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

innecesaria su aplicación; 2. La eficacia del sistema penal en aquellas áreas (o hechos) en las (los) que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos como consecuencia de la afirmación rígida del principio de legalidad.

Las características que identifican el referido principio son: a) Es excepcional, porque funciona jurídicamente como excepción al de legalidad, que es la regla general; b) Es discrecional, en tanto está sujeta a una valoración por parte del fiscal, que no está obligado a solicitarlo aunque existan las condiciones para ello; c) Es referido, en general, al órgano persecutor oficial: la fiscalía es la única institución facultada para solicitar su aplicación; y d) Es taxativamente reglado, lo cual significa que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad, que se encuentran previstas en la legislación penal.

La doctrina, y especialmente Maier (1978), Guariglia (s.f.) y Barrien (s.f.), reconocen un conjunto de factores que favorecen la utilización de la oportunidad. Ellos son:

a) La descriminalización de hechos punibles, al evitar la aplicación del ejercicio de la acción penal, donde las salidas alternas dan mejores resultados o donde no sea necesaria su aplicación.

b) El principio de oportunidad es una herramienta eficiente del principio de igualdad porque corrige el efecto selectivo clasista de un sistema formal que, adherido al principio de legalidad, ignora por completo su propia selectividad real.

c) Permite la eficiencia del sistema penal en aquellas áreas o hechos en los que resulta indispensable su actuación como métodos de control social, y procura el descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos.

d) En todo caso, carece de sentido esperar hasta las últimas consecuencias del proceso como es la sentencia, para otorgar un beneficio cuyo futuro otorgamiento resulte evidente en la etapa de instrucción.

e) La aplicación de este principio permite investigar casos de mayor trascendencia, como los vinculados al crimen organizado, dedicando mayor atención a su investigación y procesamiento.

f) Es útil para lograr que desaparezca la imposición de la pena como un método tradicional para solucionar los conflictos sociales.

En el ámbito criminológico, a criterio de Barata (1986, p. 624) y Romero (1987, p. 140), pudieran señalarse muchas más, por su contribución al control social, a la prevención especial y general del delito, al resarcimiento rápido y oportuno que recibe la víctima, al alejarse del infierno de las prisiones y tributar otros entes sociales en la solución al conflicto social. Su aplicación ayudaría mucho a la utilización del Derecho penal como la última alternativa a la solución del conflicto y abre el cauce para un abanico de alternativas, que posibiliten la paz social, como consideran Barata (1987, p. 624), Carranza (1992, p. 12) y Reyes (1994, pp. 187-184).

Desde la opinión divergente se destacan como desventajas: a) La aplicación del principio de oportunidad, en los casos que son poco reprochables socialmente, carece de relevancia porque son estos los que en mayor medida afectan a la sociedad; b) No se tiene en cuenta el interés de la víctima cuando su pronta reparación se considera como una finalidad del citado principio; c) Ignora el interés de la sociedad frente a la necesidad de una mayor seguridad jurídica; d) Entra en conflicto con el principio de la tripartición de poderes, pues entrega, a las autoridades de la investigación, la decisión relativa a la no persecución de hechos punibles.

La comunidad internacional ha recogido esta preocupación de uniformar esos criterios en algunos instrumentos legales. Así, en las *Reglas de Mallorca* (Yañez, s.f.), específicamente en la A3, se recomienda la adopción de esta política general para orientar la acusación y evitar desigualdades y tratos discriminatorios, al disponer que: «Cuando los fiscales estén investidos de las facultades discrecionales se establecerán en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento [...]» (s.p.); lo cual también se recomendó en el punto 17 del 8-CPDTD.

En el Derecho internacional, el Artículo 53, apartado uno, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en 1998 (Corte Penal Internacional, 2003), consagra este principio, al disponer que «cuando una de las partes no comparezca ante la Corte, o se abstenga de defender su caso, la otra podrá pedir a la Corte que decida a su favor», lo que puede ser aplicado al inicio de la investigación o en la etapa de juzgamiento. No existen criterios de oportunidad reglados, sino que el fiscal debe sujetarse a fundamentos razonables y al interés de la justicia. Esta renuncia a la acción penal tiene un control por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

De lo expuesto con anterioridad, se concluye que cualquier análisis que se realice sobre el principio de oportunidad debe partir obligatoriamente del de legalidad, como garantía constitucional y directriz del proceso penal, respecto al cual hay que valorar ventajas y desventajas en la solución del conflicto penal objeto de análisis y, de ello, dependerá la sumisión a uno u otro, sin contradecir la esencia de ninguno y ponderando siempre qué resolvería mejor el conflicto entre partes y su impacto social, y ello en mucho dependerá de la filiación que se tenga respecto a cómo pueden convivir ambos principios en el proceso penal, desde un resguardo constitucional.

Entendido el principio de oportunidad como la facultad discrecional que tiene el ministerio público de ejercer la acción penal, o no, se distinguen dos clasificaciones fundamentales en el diseño procesal asumido por la mayoría de los países estudiados, en dependencia de si la discrecionalidad es total u opera bajo determinados supuestos: el sistema de oportunidad libre y el de oportunidad reglada (Borja, 2001, p. 276). Para Gómez (2013, p. 35), también, existe una tercera, denominada oportunidad facultativa, que nace del propio ordenamiento jurídico que especifica las condiciones de su aplicación, las cuales son de carácter general. Asimismo, existen otras que no atañen tanto a la prevalencia de un principio sobre otro, ni a las consecuentes atribuciones del acusador, sino más bien a la existencia de condiciones para enervar la acción penal, o no; por ejemplo, Gimeno (1991, p. 59) distingue entre principio de oportunidad pura y bajo condiciones.

3.1. Sistema de oportunidad libre

El sistema judicial de los Estados Unidos representa el uso más paradigmático del principio de oportunidad, denominado en inglés *prosecutorial discretion,* en el que se desconoce el principio de legalidad; su sistema de justicia descansa *strictu sensu,* en la discrecionalidad de la acción, como típico sistema acusatorio; las partes disponen del objeto del proceso. El ministerio público tiene verdaderos poderes discrecionales en el ejercicio de la acción penal. Estos no se limitan a la posibilidad de desistir libremente de la acusación; abarcan otros aspectos, como la potestad del fiscal de plantear una reducción de cargos o inferir inmunidad, en compensación por haber colaborado con la investigación.

Esta modalidad de oportunidad se manifiesta en dos procedimientos: el *plea guilty* (confesión dirigida a evitar el juicio) y el *plea bargaining*

(negociación entre el fiscal y el acusado). El primero consiste en la aceptación de culpabilidad de parte del acusado, a requerimiento del juez, y en la audiencia preliminar, una vez que han sido formulados los cargos. Se prescinde así del contradictorio. Su confesión constituye la determinación judicial de culpabilidad y es el fundamento inmediato para fijar la pena (Fernández, 1990, p. 34; Barona, 1994, p. 54). Aproximadamente el 90% de los asuntos criminales en los Estados Unidos se resuelven mediante esta modalidad (Benavides, s.f., s.p.).

Según Goldstein (1988, p. 14) el *plea bargaining* consiste en la negociación entre fiscal y acusado, mediante la cual el primero se compromete a realizar una serie de concesiones, específicamente sobre el curso de la acción penal, a cambio de obtener la admisión de los hechos de parte del acusado. Este se confiesa culpable, por un delito o más, y el acusador se compromete a retirar otros cargos, o a solicitar una pena más benigna, o cualquier otro beneficio. Con ello, se evita la realización del juicio oral para la evacuación de las pruebas; aquí, no interviene el juez (Barona, 1994, pp. 27-53).

En Inglaterra, el sistema es conocido como probation. Permite al tribunal prescindir de la persecución penal, sometiendo al probable infractor, con su anuencia, a un período de prueba, bajo vigilancia de un asistente social y sujeto a ciertas reglas (Maier, 1978, p. 191).

Por otra parte, la amplia discrecionalidad de los fiscales estadounidenses y su inequitativa posición de fuerza en el *plea bargaining* ha sido objeto de una amplia crítica por los estudiosos del Derecho norteamericano, básicamente por considerar que tales institutos son inconsistentes con los principios de imparcialidad, equidad y responsabilidad, sobre los cuales descansa el sistema de justicia en EE.UU.

3.2. Sistemas de oportunidad reglada

Es propio de los países europeos: Alemania, Italia, Francia, Holanda, Portugal, España y otros. El nacimiento y empleo de la expresión reglada tuvo por finalidad contrarrestar las críticas al principio de oportunidad, las cuales se concentraron, fundamentalmente, en exhibirlo como contrapuesto al de legalidad. En efecto, mediante el uso de ese adjetivo, se procuró indicar la necesaria relación con el cumplimiento indispensable de la ley, es decir, con la necesaria concurrencia de las condiciones y los presupuestos que permiten su aplicación, dejándose entrever así la inexistencia de excepciones a la legalidad.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

El empleo del adjetivo *reglada* ha sido criticado, al argumentarse que la expresión es contradictoria, en tanto que ese término, de origen y formulación administrativista, ha servido para indicar elementos de una potestad, cuando la discrecionalidad no puede reglarse, porque implica, precisamente, dejar determinados aspectos a la libre discreción de la Administración (Armenta, 1991, p. 211).

Pero es que el empleo del adjetivo en cuestión procura únicamente llamar la atención sobre los supuestos de hecho tasados en la ley, en los que procede el ejercicio de la discrecionalidad. En consecuencia, no puede afirmarse una actuación contraria a la legalidad, cuando se actúa conforme con lo permitido y dispuesto por esta.

Arias (2015) plantea que

> la discrecionalidad de la administración pública no supone un campo de actuación al margen del derecho y la legalidad sino precisamente dentro de ellos, ya que es la ley y las demás normas en general las que atribuyen potestades exorbitantes a la administración y las que definen las condiciones de su ejercicio. La discrecionalidad opera precisamente dentro del principio de legalidad, hasta el punto de que, en buena teoría, solo puede existir actuación discrecional cuando la ley lo permite. (pp. 17-18)

La característica de este sistema radica en que la ley prevé los supuestos sobre los cuales el fiscal puede declinar la persecución penal y decidirse por el archivo del caso. Un ejemplo de ello lo constituyen las normas sobre arrepentimiento en los casos de terrorismo, por cuestiones de seguridad del Estado e, incluso, de manera general, se observan, también, en las disposiciones de ejecución penal, en un afán de viabilizar la rehabilitación del delincuente.

Este sistema, devenido un método de transacción, como uno de tantos instrumentos jurídicos modernos para obtener la celeridad procesal, es el que se halla más difundido, y en el que los supuestos de aplicación son también más diversos. Por ejemplo, en algunos casos, el principio de oportunidad se basa en consideraciones relativas al hecho: mínima lesividad, antigüedad, poca relevancia, entre otras. También se basa en consideraciones relacionadas con el autor: edad (juvenil, senil), conveniencia de aplicar una medida de rehabilitación o tratamiento. Por último, igualmente, obedece a consideraciones en torno a la relación entre el autor y el hecho, o entre el autor y su víctima, o el interés del Estado. Es la forma más utilizada y la que la autora defiende para su país. Su

implementación se hace mediante la aplicación de los criterios de oportunidad, que se desarrollan en el próximo epígrafe.

Según el Artículo 152 de la Ordenanza procesal penal alemana, la fiscalía está obligada a proceder judicialmente por causa de todos los delitos perseguibles (principio de legalidad), hasta tanto esté determinado legalmente lo contrario. Conforme a ello, se interpreta que el principio de oportunidad se consagra como una excepción al de legalidad. De conformidad con las disposiciones contenidas en aquella disposición, el primero se aplica en los casos de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, y se prescinde de la persecución, si la culpabilidad del autor fuera ínfima y no existiera interés público en aquella. Será decisivo, por consiguiente, si se trata de un autor primario, o si ha sido penado con anterioridad, o si el daño es leve. Como regla general, es necesaria una aprobación del tribunal para el archivo del proceso por causa de insignificancia.

El Artículo 31 del Código francés de procedimientos penales señala que el ministerio público ejerce la acción pública y requiere la aplicación de la ley, lo que se corresponde con el imperio del principio de legalidad. Sin embargo, de las disposiciones contenidas en el Artículo 40, apartados 1 y 2, se verifica la posibilidad de aplicar el de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, al posibilitar salidas alternas al procedimiento o medidas de composición (*plea bargaining*). En efecto, el procurador general recibe las quejas y las denuncias, y determina el trámite que hay que darles, a partir de que considere que los hechos llevados a su conocimiento constituyen una infracción cometida por una persona cuya identidad y domicilio son conocidos y respecto de la cual no hay obstáculo legal para la puesta en marcha de la acción pública, o no.

En los países de Latinoamérica, también el modelo establecido en sus códigos procesales es el reglado, aunque se diferencian en cuanto a los criterios de oportunidad que han señalado, y su instrumentación, como se estudiará en el desarrollo del próximo epígrafe.

IV. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIO Y CRITERIO DE OPORTUNIDAD

En el vocabulario de los profesionales del Derecho, en textos jurídicos y en la jurisprudencia, son empleados estos conceptos de forma indistinta,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

por lo que, a continuación, se desarrolla su debida separación conceptual y se señala el carácter en que deberán ser entendidos en el desarrollo de la presente investigación.

La denominación *principio de oportunidad* debe reservarse a la actuación libre del ministerio público, como posibilidad de desistir, en el ejercicio de la acción penal (Vásquez, 2010, p. 362), según se explica en el primer capítulo, mientras que cuando la ley enumera los supuestos bajo los cuales dicho ministerio puede abandonar la persecución penal, lo que establece son *criterios de oportunidad*.

Los criterios de oportunidad son las remisiones expresas del principio de oportunidad a la legislación procesal penal. Este último deviene la idea fundamental, que coadyuva para que, en la norma procesal, se genere una previsión concreta que, en este caso, es el criterio de oportunidad, el cual debe su conceptualización a que, particularmente, el término *criterio* da la idea de juicio, razonamiento, lo que sugiere que dicha figura es un mecanismo por el que se faculta, de modo reglamentario, al ministerio público a seleccionar los hechos que han de llegar a conocimiento del sistema judicial y los que no lo serán (Vásquez, 2010, p. 53).

Un criterio de oportunidad se refiere a aquellas circunstancias prácticas o de política criminal que posibilitan al órgano encargado de la persecución penal solicitarle al juzgador, prescindir de ella, suspenderla o abandonarla, en los supuestos establecidos en la ley, para alguno o todos los imputados por la comisión de un hecho delictivo. La fiscalía decide no ejercer la acción penal, aunque ya determinó que sí existe un delito y, además, que existe la probable responsabilidad de un individuo, y aun así no presenta el caso ante la autoridad judicial (Chiara, Grisetti y Obligado, 2012, p. 231).

Es un análisis intelectivo que hace el fiscal de todos los presupuestos con que cuenta, después de la noticia criminal, que le permiten razonar, discernir y formular un juicio de valor para distinguir en la norma procesal los supuestos inspirados en el principio de oportunidad, que le permiten prescindir de la persecución del delito. El principio de oportunidad es utilizado cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma (criterios), a no hacer uso de su ejercicio, incoando el procedimiento o provocando su sobreseimiento.

Otra forma de distinguir estos conceptos de manera ejemplificativa, sobre la línea de pensamiento que se trae —los principios son nor-

mas rectoras que se traducen en fundamentos—, puede perfectamente ser desde las salidas alternas dentro del proceso penal, mecanismos creados por el legislador para dar una respuesta adecuada a ciertas situaciones de transgresión a las normas legales que resulten más convenientes para los imputados y las víctimas, en los cuales el carácter retributivo de la pena es desplazado por criterios inspirados en el principio analizado.

En los casos en que se habla de principio de oportunidad, debe entenderse que se está refiriendo a aspectos doctrinarios y, si se alude a criterio, el nivel de análisis y de estudio se encuentra en la legislación, así como su aplicación práctica de los supuestos reglados, como se verá a continuación.

V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Los efectos de la aplicación de los criterios de oportunidad, según las circunstancias en que se aplican, inciden en la acción penal pública conllevando a su: extinción (deriva en un auto de sobreseimiento definitivo que pone fin al proceso); suspensión (se corresponderá con un auto de sobreseimiento provisional, hasta tanto se cumplan las condiciones impuestas por el juez); o conversión en privada (se transforma, ante una solicitud al fiscal para que renuncie al ejercicio de la acción pública y se convierta en privada), mediante un auto de sobreseimiento definitivo porque, después, el fiscal no puede ejercer la acción, aunque no se haya ejercido la particular.

5.1. La extinción de la acción penal pública

Es un efecto definitivo por la ausencia de voluntad por parte del ministerio público, en razón de la facultad discrecional en la persecución del autor del hecho delictivo, aceptada por el juez. Esto significa que es de naturaleza personal. Sin embargo, cuando la decisión se funda en la insignificancia del evento, exigua contribución del interviniente o mínima culpabilidad, el efecto extintivo se amplía a todos los que han participado en el hecho. La acción penal se extinguirá por el empleo de un criterio de oportunidad, pero no la civil; esta hubiera podido constituir, a través del resarcimiento, un requisito previo para su aplicación o para poderse reclamar por la vía civil. La extinción de la acción penal tiene efectos de cosa juzgada.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

5.2. Suspensión del ejercicio de la acción penal

Este efecto es considerado temporal porque, posteriormente, dará lugar a la extinción de la acción o a la continuación de su ejercicio, y el ministerio público puede solicitarlo en los supuestos de colaboración del imputado o cuando exista irrelevancia de la pena; dicha suspensión solo opera respecto a los beneficiados con este criterio, y no tiende a concluir el procedimiento, sino únicamente a suspenderlo. De ahí que resulte posible distinguir dos tipos de criterios de oportunidad:

El primero, caracterizado por contener una solicitud libre y espontánea, equiparable a un acto unilateral del ministerio público; el segundo, es la oportunidad negociada, cuya naturaleza es transaccional y se logra por un acuerdo entre el órgano acusador y el imputado. Se refiere a que dicha extinción quede sujeta a la colaboración o la eficacia de la información prestada por el procesado. Además, si la fiscalía no está satisfecha con la contribución otorgada por el justiciado, podrá solicitar la reanudación del trámite de la investigación.

Otra forma es dejar el auto de sobreseimiento sujeto a un término de evaluación de las condiciones impuestas y, transcurrido este, adquiere firmeza y efectos de cosa juzgada.

5.3. Conversión de la acción penal pública en privada

Esta es una figura procesal novedosa porque se reconoce la participación de la víctima en el proceso penal, distinta de la intervención clásica. Para que esta pueda darse deben tomarse en cuenta ciertos parámetros:

a) Que se haya dado la extinción de la acción penal pública.

b) Que la víctima se constituya como parte o se haga representar.

c) Que sea autorizada por la Fiscalía General de la República, siempre que no exista un interés gravemente comprometido.

d) Que se realice dentro del término establecido posteriormente a la resolución de la extinción de la acción pública.

e) Que reúna los requisitos estipulados en la ley.

Al quedar establecidos los efectos que provoca la aplicación de los criterios de oportunidad, se le está dando seguridad jurídica al ciudadano, pues, en el sobreseimiento definitivo, hay fuerza de cosa juzgada y no

se puede volver sobre los hechos y las personas; y en el condicionado, una vez cumplida la condición o el término, se producen las mismas consecuencias legales. Ello es contrario a lo que ocurría en Cuba, cuando se aplicaba el Artículo 8.3 del derogado CP (Rivero y Bertot, 2009, p. 9), al reinar una total inseguridad del comisor respecto a su futuro, en relación con el hecho cometido, pues el archivo no alcanzaba los efectos de cosa juzgada.

VI. PANORAMA CUBANO CON LA LEY DEL PROCESO PENAL

Los resultados de la investigación empírica realizada por la autora (Rodríguez, 2022), que comprendió el período 2010-2014, las técnicas y métodos empleados desde una visión holística, ratifican que la pretensión de aportar elementos para la introducción de una institución como la oportunidad en el proceso penal cubano no solo era necesaria desde el punto de vista jurídico, en pos de una justicia garantista, preventiva, conciliadora, humana, flexible y alternativa con opciones válidas para encarar los disímiles conflictos que una sociedad debe afrontar en su cotidiano andar, sino también, de manera particular, significa un aporte al llamado a la búsqueda de soluciones menos costosas en lo económico y de mayor satisfacción en lo social.

La praxis judicial cubana, en el período objeto de la investigación, muestra elementos suficientes, en cuanto a las conductas delictivas que se juzgan: el 65% de los delitos son menores, con prevalencia de lesiones, amenazas, hurto, portación y tenencia ilegal de armas. Los sujetos comisores, en el 67% eran de buena conducta social, sin antecedentes y colaboraron en el esclarecimiento de los hechos. Como resultado de ello, las sanciones impuestas en el 55% fueron de carácter pecuniario y, de ellas, un 50% estuvo en un rango de 200 cuotas que, automáticamente, generan antecedentes penales; este análisis lleva a afirmar que la respuesta punitiva no ha sido coherente con el tipo de delito y las características de sus autores, los que bien pudieran haber sido beneficiados con otras soluciones menos criminalizantes. Estas tendencias se mantuvieron en los años 2015 y 2016.

En cuanto a los criterios de los operadores jurídicos, se demostró que consideran que la oportunidad es un mecanismo válido y que sería de utilidad en el proceso penal cubano, fundamentándolo en el 100%, con

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

una mayor efectividad de la impartición de justicia, con más calidad y disminución de sus costos económicos; el 99,8% lo identifica con la agilidad en el resarcimiento a las víctimas y la mejor adecuación de las soluciones al conflicto penal creado por el delito; el 99,7%, con más agilidad en la impartición de la justicia; 98,7% lo asocia a una superior concentración de los recursos humanos y financieros hacia el procesamiento del delito más grave; y el 77%, con la humanización de las sanciones.

El análisis económico, como última de las invariantes, demostró la utilidad del principio de oportunidad para Cuba al arrojar que, descongestionando los TMP (en el 67% por las características de los hechos y sus comisores que hoy se juzgan) podrían en un quinquenio ahorrarse 112 millones 104 342 pesos, que representarían, según los gastos corrientes del TSP, lo necesario para dos años de trabajo, o se podrían invertir en el proceso ordinario de los TPP, donde se juzgan los delitos más graves y que cuestan en un quinquenio 58 millones 999 512 pesos.

Con la entrada en vigor de la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], aparece por vez primera en Cuba una oportunidad de tipo reglada como monopolio único del fiscal. Con anterioridad existían mecanismos de simplificación como el Artículo 8.3 del derogado CP (Rivero y Bertot, 2009, p. 9), pero no se extinguía la acción penal, principal efecto que tiene el principio de oportunidad, acción de cosa juzgada, en defensa del de seguridad jurídica.

La nueva CRC [GOR-E (5), 2019] fortalece el papel del fiscal como ejecutante de la acción penal y establece en su Artículo 156:

> La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado que tiene como misión fundamental ejercer el control de la investigación penal y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado, así como velar por el estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales por los órganos del Estado, las entidades y por los ciudadanos.
>
> La ley determina los demás objetivos y funciones, así como la forma, extensión y oportunidad en que la Fiscalía ejerce sus facultades. (p. 102)

En correspondencia con ello el Artículo 120 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4116] refiere que «el fiscal realiza el control de la investigación penal, ejercita la acción penal pública en representación del Estado y vela por el estricto cumplimiento de la Constitución de la República, las

leyes y demás disposiciones normativas», mientras que el Artículo 435 particulariza que la acción penal se ejercita ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de la acusación contra el imputado por los hechos delictivos que se le atribuyan (p. 4175).

La acción penal respecto a los delitos de persecución pública se ejerce por el fiscal; puede también, por excepción, ejecutarse por la V-P, si está inconforme con la solicitud de sobreseimiento definitivo que el tribunal ha considerado injustificada y el fiscal insiste, o cuando este retira la acusación, de conformidad con lo previsto en los artículos 141 h) y 436 de la citada norma procesal (pp. 4123 y 4175), mientras en el 122.1 se dice que,

> durante la investigación de los hechos presuntamente delictivos, la tramitación de la fase preparatoria o en el proceso de establecimiento de medidas de seguridad terapéuticas, el fiscal tiene las facultades que esta Ley confiere a la Policía y al instructor penal y, además, puede:
>
> […]
>
> p) aplicar los criterios de oportunidad establecidos en esta Ley. (p. 4117)

En correspondencia con lo establecido en el Artículo 126:

> La Policía, a los fines de la investigación de los hechos presuntamente delictivos de los que tenga conocimiento y de los procesos para la imposición de medidas terapéuticas, tiene las facultades siguientes:
>
> [...]
>
> n) aplicar la multa administrativa en los delitos sancionables hasta un año de privación de libertad y proponer al fiscal su aplicación en los delitos con sanciones desde uno hasta tres años de privación de libertad;
>
> ñ) proponer al fiscal la aplicación de los criterios de oportunidad previstos en el Artículo 17 de la presente Ley. (p. 4119)

En el Artículo 16 se define el principio de legalidad y a continuación, por vez primera en la legislación cubana, el de oportunidad. Dice así:

> Artículo 16.1. La persecución a los delitos es pública y obligatoria; al fiscal le corresponde el ejercicio de la acción penal pública

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> en representación del Estado, excepto en los ilícitos perseguibles a instancia de parte y en aquellos cuya persecución esté condicionada a los requisitos que establece esta Ley.
>
> 2. El fiscal, mediante resolución fundada, en cualquier momento de las fases preparatoria e intermedia, puede prescindir de la presentación de las actuaciones al tribunal y abstenerse de ejercitar la acción penal y, para ello, puede disponer el archivo de la denuncia, el sobreseimiento provisional y la aplicación de los criterios de oportunidad. (p. 4097)

En el Artículo 17.1, prevé el legislador:

> Los criterios de oportunidad se aplican cuando se trate de un delito cometido por imprudencia o en los casos de delito intencional cuyo marco sancionador no exceda de cinco años de privación de libertad; siempre que no se trate de un acto de corrupción cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo; la resolución en la que se disponga la aplicación de un criterio de oportunidad tiene efecto extintivo de la acción penal pública e impide su presentación posterior al tribunal. (p. 4097)

La prohibición respecto al funcionario público se supeditó únicamente a los actos de corrupción, lo que, a juicio de la autora, no es correcto por existir otros delitos funcionariales en los que también debió prohibirse —en el actual CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] hay más de 50 figuras con tales características.

No se define qué medidas se adoptarán respecto a las personas a quienes se les aplique el principio de oportunidad, pues, aunque en el apartado dos se establece que en tal caso se podrá imponer, además, el tratamiento administrativo penal previsto en la ley, se omiten —con riesgo de impunidad— otras precauciones, que pudieran ser las mismas contempladas para el sobreseimiento condicionado.

En el Artículo 17.3 de la LPRP [GOR-O (140), 2021], incorrectamente se regula:

> En la aplicación de los criterios de oportunidad se tiene en cuenta:
>
> a) La escasa lesividad social del hecho, tanto por las consecuencias del delito como por las condiciones personales del interviniente;

b) si, a consecuencia del hecho, el imputado ha sufrido daño físico o psicológico grave que así lo aconseje;

c) en el caso de los delitos patrimoniales, que no hayan sido cometidos con violencia o intimidación. (p. 4098)

En realidad, estos tres apartados constituyen criterios de oportunidad y no elementos a tener en cuenta como refiere el precepto, pero, además, el concepto de lesividad no debió ser utilizado para sustituir al de insignificancia, generalmente empleado a tal fin y que se considera en el sentido de que resultarán insignificantes aquellos hechos que, por su mínima lesión al bien jurídico, o su escasa entidad, desde el punto de vista de su dimensión en términos político-criminales, no deban ser perseguidos, a fin de mantener un nivel mínimo de racionalidad en el *ius puniendi*.

Mientras que el delito grave sería el que se sancione con más de cinco años, teniendo en cuenta que es el límite hasta el que la legislación cubana autoriza las sanciones subsidiarias a las penas privativas de libertad —también previsto en la Convención contra la delincuencia organizada trasnacional.

Otro criterio de oportunidad es el recogido en el apartado cuatro del citado Artículo 17, al imputado que colabore con la investigación, siempre que la sanción que corresponda al hecho punible en que incurra sea menor que la de aquellos cuya persecución facilita, y: «a) Brinde información esencial para evitar que continúe cometiéndose el delito o que se perpetren otros; b) ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos; o c) proporcione información útil para probar la participación de otros imputados» (p. 4098).

Este criterio de oportunidad, también, se aplica en la técnica especial de investigación del colaborador eficaz, prevista en el Artículo 328.1, en relación con el 337.1 y 2 de la citada norma adjetiva [GOR-O (140), 2021, pp. 4155, 4156].

Para un tratamiento diferenciado a los comisores entre 16 y 18 años, el Artículo 17.5 del instrumento legal mencionado incorporó los criterios de oportunidad, en cualquier tipo de delitos, sin sujeción a la extensión de la sanción, excepto cuando:

a) Se trate de hechos con una elevada lesividad social;

b) el delito se cometa contra la seguridad del Estado o constituya actos de terrorismo;

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> c) para la ejecución del delito, el comisor utilice medios o formas que denoten desprecio por la vida humana o notorio irrespeto a los derechos de los demás;
>
> d) resulte una persona reiterativa en la comisión de hechos delictivos. (p. 4098)

En el criterio de la autora, la mejor manera de establecer los beneficios que este grupo etario necesita no es ampliando a tales márgenes un principio como el de oportunidad, de carácter excepcional, porque el mismo se desnaturaliza; lo correcto hubiera sido establecer un procedimiento especial de menores.

En el Artículo 18.1 se prevé:

> El fiscal, para prescindir de la presentación de las actuaciones al tribunal y abstenerse de ejercitar la acción penal, debe tener presentes los presupuestos siguientes, según el caso:
>
> a) Que el imputado muestre conformidad;
>
> b) escuchar el parecer de la víctima o el perjudicado;
>
> c) que el imputado haya resarcido el daño o perjuicio ocasionado a la víctima o el perjudicado, o que estos últimos acuerden la forma y momento del resarcimiento o desistan de él. (p. 4098)

En el apartado dos se contempla la posibilidad de que, «si la víctima o el perjudicado no consiente la decisión del fiscal, puede ejercitar la acción penal ante el tribunal, representada por un defensor, en el plazo de diez días» (p. 4098).

El apartado tres establece:

> La conciliación o el acuerdo a que se refiere el apartado 1 de este artículo puede gestionarse por la autoridad actuante, con la participación voluntaria del imputado, la víctima o el perjudicado y los defensores designados, en su caso, mediante un proceso de diálogo y comunicación, con el propósito de conseguir el resarcimiento y la solución del conflicto desde una perspectiva justa para los intereses de las partes. (p. 4098)

Asimismo, en el Artículo 163.1 (p. 4127) de la LPRP se regulan los supuestos en los que el fiscal, en el plazo de un año y mediante resolución fundada, puede dejar sin efecto el archivo de una denuncia e iniciar el expediente de fase preparatoria, o continuar con las actuaciones para dar

cuenta al tribunal, regulando como excepción el caso de la aplicación de los criterios de oportunidad previstos en el Artículo 17 de dicha ley.

En el 415 (p. 4171) se estableció que el sobreseimiento de las actuaciones puede ser condicionado, provisional o definitivo, y se dispone de forma total o parcial; a la vez que el 419.1 (p. 4172) previó que el sobreseimiento condicionado propuesto por el fiscal supone la existencia de un período de prueba durante el cual el imputado queda sujeto al cumplimiento de determinadas medidas que justifiquen que el fin de la punición puede ser alcanzado sin el ejercicio de la acción penal, acotándose en el apartado dos que ello es aplicable a los delitos cometidos por imprudencia y a los intencionales sancionables hasta cinco años de privación de libertad, cuando las características de los hechos y su autor lo aconsejen. Este apartado reproduce el Artículo 17 analizado.

El 420.1 señala:

> El período de prueba discurre entre uno y dos años, y pueden disponerse las restricciones y medidas siguientes:
>
> a) La prohibición de ocupar cargos de dirección o de ejercer determinada profesión u oficio;
>
> b) no cambiar de domicilio, de residencia o lugar de trabajo, ni trasladarse de municipio o provincia sin autorización del juez de ejecución;
>
> c) prohibición de salida del país sin autorización del tribunal;
>
> d) prohibición de frecuentar determinados lugares;
>
> e) someterse a tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza, en los casos que se requiera, especialmente si se trata de violencia de género o familiar;
>
> f) prohibición de acercamiento o contacto con la víctima, perjudicado o familiares allegados;
>
> g) suspensión de licencia de conducción o de permiso de aprendizaje, o prohibición de adquisición de cualquiera de ellos, en caso de haber incurrido en delito cometido en ocasión de conducir vehículo por la vía pública;
>
> h) cualquier otra que por la naturaleza del delito sea aconsejable para evitar la perpetuación de sus efectos o el daño a la víctima o al perjudicado. (p. 4172)

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

El período de prueba puede declararse concluido por el tribunal, oído el parecer del fiscal, cuando se haya cumplido al menos la mitad del tiempo, si la conducta mantenida por el imputado y otras circunstancias concurrentes demuestran la conveniencia de adoptar esa decisión; y en los casos de delito que evidencien violencia de género o familiar, previamente se escucha el parecer de la V-P —Artículo 421, p. 4172, LPP [GOR-O (140), 2021].

Conforme al Artículo 422 (p. 4172): «Cumplido satisfactoriamente el período de prueba, el tribunal dicta auto acreditando el cumplimiento de las medidas, y dispone el archivo de las actuaciones por extinción de la responsabilidad penal».

No se limitó la aplicación de este beneficio a las personas por una sola vez como ocurre en el Derecho comparado ni se consignó el recurso que podría establecerse contra el sobreseimiento condicionado.

VII. CONCLUSIONES

La LPRP [GOR-O (140), 2021] introduce por vez primera el principio de oportunidad procesal en su Artículo 16.2 (p. 4097).

El principio de oportunidad se puede aplicar a delitos imprudentes e intencionales cuando el marco sancionador no exceda de cinco años y no sean actos de corrupción.

Se instituye como sujeto responsabilizado de su aplicación al fiscal.

Es una oportunidad de tipo reglada.

Los criterios de oportunidad se regulan en el Artículo 17 (p. 4097), y están referidos a la escasa lesividad social del hecho, tanto por las consecuencias del delito como por las condiciones personales del interviniente; a los casos en que a consecuencia del hecho, el imputado ha sufrido daño físico o psicológico grave que así lo aconseje (*pena natural*); a los delitos patrimoniales, que no hayan sido cometidos con violencia o intimidación; cuando el imputado colabore con la investigación, siempre que la sanción que corresponda al hecho punible en que incurra sea menor que la de aquellos cuya persecución facilita, y brinde información esencial para evitar que continúe cometiéndose el delito o que se perpetren otros; ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos; o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados.

Este criterio de oportunidad, también, se aplica en la técnica especial de investigación del colaborador eficaz, prevista en el Artículo 328.1 (p. 4155), en relación con el Artículo 337.1 y 2 (p. 4156). Procede igualmente en favor de personas menores de 18 años de edad, en cualquier tipo de delitos, sin sujeción a la extensión de la sanción, excepto cuando se trate de hechos con una elevada lesividad social; el delito se cometa contra la seguridad del Estado o constituya actos de terrorismo; para la ejecución del delito, el comisor utilice medios o formas que denoten desprecio por la vida humana o notorio irrespeto a los derechos de los demás; o resulte una persona reiterativa en la comisión de hechos delictivos.

Para su aplicación, el imputado debe mostrar conformidad; se tiene que escuchar el parecer de la V-P; y el imputado tiene que haber resarcido el daño o perjuicio ocasionado a esta(e), o que ellos acuerden la forma y el momento del resarcimiento o desistan de él.

Su aplicación tiene como efecto la suspensión o extinción de la acción penal.

El tribunal no está facultado, en ningún tipo de procedimiento, para aplicar criterios de oportunidad, porque estos son privativos del fiscal; haciendo uso de su facultad discrecional, este no ejerce la acción penal, de ahí que tampoco pueda hacerlo el órgano judicial. Cosa diferente son los acuerdos reparatorios en cuanto a la responsabilidad civil, la única que se extingue con ellos, una vez aprobados en sede judicial.

En sentido general, ha nacido el principio de oportunidad en el proceso penal, lo que constituye un logro, pero su formulación presenta errores conceptuales, imprecisiones, omisiones y se encuentra muy dispersa en todo el articulado.

El criterio de oportunidad formulado respecto a los menores de 16 a 18 años desnaturaliza el carácter excepcional de esta figura y no resuelve la ausencia de un proceso penal de menores en Cuba.

Estas y otras opiniones deben ser tenidas en cuenta para su reconceptualización en próximas valoraciones que se hagan a la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

VIII. REFERENCIAS

Arias Gayoso, G. (2015). *El control de la discrecionalidad administrativa. Una visión desde Cuba*. Novum.

Armenta Deu, T. (1991). *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad, Alemania y España*. PPU.

Arranz Castillero, V. (1991). Las garantías jurídicas fundamentales de la justicia penal en Cuba. *Revista Cubana de Derecho*, (4), 7.

Bacigalupo, E. (1987). *Descriminalización y prevención*. Consejo General del Poder Judicial.

Barata, A. (1986). *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*. Siglo XXI.

Barata, A. (Octubre-diciembre, 1987). Principios del Derecho penal mínimo. Para una Teoría y práctica de los derechos humanos como objeto y límite a la ley penal. *Doctrina Penal*, (40), 624.

Barona Villar, S. (1994). La conformidad en el proceso penal. Tirant Lo Blanch.

Benavides Vanegas, F. S. (2016). *La reforma a la justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas*. Friedrich-Ebert-Stiftung Ed.

Binder, A. (1999). *Introducción al Derecho procesal penal* (2.ª ed.). Ad-hoc.

Borja Jiménez, E. (2001). *Ensayos de Derecho penal y política criminal*. Jurídica Continental.

Cafferata Nores, J. I. (1996). El principio de oportunidad en el Derecho argentino: teoría, realidad y perspectivas. *Nueva Doctrina Penal*, (A), 3-24.

Cafferata Nores, J. I. (2000). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Del Puerto.

Carranza, E. (1992). Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal. *Ciencias Penales*, 6(4), 19-25.

Cerda San Martin, R. (2011). *El nuevo proceso penal*. Grijley.

Chiara Díaz, C. A., Grisetti, R. A. y Obligado, D. H. (2012). *La acción procesal penal. El rol del Ministerio Fiscal y las víctimas en el debido proceso*. La Ley.

Conde-Pumpido Ferreiro, C. (1986). El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal. *Poder Judicial*, (II).

Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional. (2003). https://www.un.org/spanish/law/iccc/statute/spanish/rome_statyte(s).pdf

Fernández Entralgo, J. (1990). L*os principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988. La Reforma del proceso penal*. Tecnos.

Gatgens Gómez, E. y Rodríguez Campos, A. (2000). *El principio de oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal*. Juristexto.

Gimeno Sendra, V. (1991). *Fundamentos de Derecho procesal penal*. Civitas.

Gimeno Sendra, V. (s.f.). *Derecho procesal penal*. Tirant Lo Blanch.

Goite Pierre, M. y Mendoza Díaz, J. (2002). *Temas para el estudio del Derecho procesal penal* (t. 1). Félix Varela.

Goldstein, A. (1988). La discrecionalidad de la persecución penal en Estados Unidos. *Lecciones y Ensayos*, (49), 1-14.

Gomes, L.F. (2006). I*nfracciones de bagatela y principio de insignificancia en Derecho penal y criminología como fundamentos de la política criminal*. Dykinson.

Gómez Pérez, A. (2013). Orígenes y definiciones del principio de oportunidad. *Revista Jurídica*, (1).

González Álvarez, D. (1993). El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, (7).

Guariglia, F. (s.f.). Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad. *Summa Procesal*, *J*(890), 1735-1743.

Hassemer, W. (1990). *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz*. Bosch.

Ley No 62, Código penal. (2009). En Rivero García, D. y Bertot Yero, M. C. *Código penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular)*. Ediciones ONBC.

Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Ley No. 147, Del proceso penal militar. (Diciembre 21, 2021). GOR-E (12), 575-715.

Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.

Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución (actualización para el período 2021-2026).

Llobet Rodríguez, J. (2009). *Proceso penal comentado* (4.ª ed.). Jurídica Continental.

Maier, J. (1978). *Derecho procesal argentino* (t. 1). Hammurabi.

Mellado Ascencio, J. M. (1991). *Principio acusatorio y derecho de defensa*. Trivium.

Mendoza Díaz, J. (2001). *Lecciones de Derecho procesal penal*. Universidad de La Habana y Universidad Autónoma «Juan Misael Saracho».

Mendoza Díaz, J. (2002). *Principios del proceso penal. Temas para el estudio del Derecho procesal penal* (t. 1). Félix Varela.

Mendoza Díaz, J. (2015). *Derecho procesal. Parte general*. Félix Varela.

Molina López, R. (2010). *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*. Universidad Bolivariana.

Neyra Flores, J. (2010). *Manual del nuevo proceso penal*. Idemsa.

Ore Guardia, A. (2011). *Manual de Derecho procesal penal* (t. 1). Reforma.

Prieto Valdés, M. y Pérez Hernández, L. (1999). Garantías para el ejercicio y defensa de los derechos del hombre. Consideraciones teóricas y expresión en Cuba. s.e.

Remigio Ferro, R. (Junio, 2010). Vocación de justicia: propia, universal y efectiva. *Justicia y Derecho*, (14), 8-14.

Reyes, A. (1994). *Criminología* (7.ª ed.). Universidad Externado de Colombia.

Robert, A. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Romero Banquero, G. (Enero-abril, 1987). Teoría de la criminalización, Derecho penal y política criminal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (t. 40, fasc. 1).

Schünemann, B. (1991). *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?* Consejo General del Poder Judicial.

Sánchez Herrera, E. M. (2005). *La constitucionalización del proceso penal y la justicia de oportunidad* (Col. Derecho penal 6). Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Tijerino Pacheco, J. M. (2007). *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal*. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

Vásquez Rivera, J. C. y Mujica Araque, C. A. (2010). *Principio de oportunidad. Reflexiones jurídico-políticas*. Universidad de Medellín.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

ENTORNO

COMENTARIOS, DE INTERÉS GENERAL,
PARA LA CIENCIA JURÍDICA,
NACIONAL E INTERNACIONALMENTE

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

COMENTARIO
Recibido: Septiembre 4, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL FRANCÉS

RIGHTS AND GUARANTEES IN THE FRENCH CRIMINAL PROCESS

Dra. Christine Saunier-Ruellan
Magistrada, presidenta de Sala, Tribunal de Apelación de Lyon, Francia
Código ORCID: 0009-0006-7047-8319
christine.saunier-ruellan@justice.france

Resumen

El presente trabajo caracteriza el proceso penal francés, desde la perspectiva del debido proceso legal. A partir de los derechos y las garantías con que cuentan los acusados, y los deberes que la ley impone al juez durante la sustanciación de aquel, la autora valora las bondades y los inconvenientes de la previsión normativa y su funcionamiento práctico.[1]

Palabras clave: Proceso penal; presunción de inocencia; garantías del imputado; debido proceso.

Abstract

This article characterizes the French criminal trial from the perspective of due process of law. Based on the rights and guarantees available to the accused, and the duties imposed by law on the judge during the proceedings, the author assesses the benefits and drawbacks of the normative provision and its practical operation.

Keywords: *Criminal procedure; presumption of innocence; guarantees of the accused; due process.*

[1] El presente trabajo es una transcripción de la conferencia dictada por la autora en el X Encuentro Internacional Justicia y Derecho, celebrado en La Habana del 18 al 20 de mayo de 2022.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Sumario

I. Introducción; II. Desarrollo; III. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El Artículo 11 de la Declaración universal de los derechos humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, estipula que

> toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Los derechos y las garantías del proceso penal se articulan sobre diversos principios que informan el procedimiento judicial. El primero de ellos es la presunción de inocencia, conforme al cual el encausado no tiene que demostrar su inocencia, sino que incumbe al órgano encargado de la acusación probar su culpabilidad. Este órgano en Francia es la Fiscalía, llamada también «ministerio público».

Los fiscales de la República pertenecen a la «gran familia» de los magistrados. El Estatuto de la Fiscalía está regulado en la Ordenanza de 22 de diciembre de 1958, Ley orgánica relativa al Estatuto de la magistratura.

El cuerpo de la magistratura incluye, a la vez, a los magistrados de la judicatura que van a juzgar y a los de la Fiscalía. Unos y otros se forman juntos, sin diferencia, por la Escuela de la Magistratura y durante su carrera, pueden cambiar sus roles.

El magistrado de la Fiscalía es una «autoridad acusadora», no de juicio. Ya en ejercicio, a diferencia de los magistrados de la judicatura, está «bajo la dirección y el control de sus jefes jerárquicos y bajo la autoridad del ministro de justicia» (Ordenanza del 22 de diciembre de 1958, Artículo 5). No disponen del estatuto de la independencia reservada a los jueces de la judicatura, lo que ha provocado cierta cantidad de interrogantes jurídicos sobre este órgano.

II. DESARROLLO

Constitucionalidad del Artículo 5 de la Ordenanza de 1958

El hecho de colocar a la Fiscalía «bajo la autoridad del Ministro [*sic*] de Justicia», ¿no contraviene el principio de independencia de la autoridad judicial, tal como lo dispone el Artículo 64 de la Constitución? ¿Qué ocurre, pues, con las garantías del procedimiento penal? Estas preguntas se sometieron al Consejo Constitucional, el que contestó en un informe del 8 de diciembre de 2017, en el sentido de que:

> — El Artículo 5 de la Ordenanza de 1958, relativa al estatuto de la magistratura, es conforme a la Constitución en la medida en que sus disposiciones aseguran «una conciliación equilibrada entre el principio de independencia de la autoridad judicial y las prerrogativas que posee el gobierno por el Artículo 20 de la Constitución».
>
> — Dicho Artículo 5 «no desconoce tampoco la separación de poderes, el derecho a un juicio justo, los derechos de la defensa, ni cualquier otro derecho o libertad garantizados por la Constitución».

Se entiende, entonces, que el texto que sitúa a los magistrados de la Fiscalía bajo la autoridad del ministro de Justicia no contraviene la Constitución francesa.

Fiscalía y autoridad judicial

¿Se puede asimilar la Fiscalía a una verdadera autoridad judicial? La Corte Europea de los Derechos Humanos ha remarcado la existencia del vínculo jerárquico y, por ende, de dependencia efectiva entre el Ministerio de Justicia y el ministerio público, pero también ha declarado que no le incumbe tomar posición en ese debate, que compete a la autoridad nacional. Sin embargo, considera que «debido a su estatuto», los miembros de la Fiscalía en Francia no cumplen con las condiciones de independencia con respecto al ejecutivo, garantía inherente a la noción autónoma de «magistrado», en el sentido del Artículo 5.3 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH, 29 de marzo de 2010, Medvedyev contra Francia, N°3394/03; CEDH, 23 noviembre de 2010, Moulin contra Francia, N°37104/06).

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

La Sala de lo Penal de la Corte de Casación tuvo, después, la ocasión de decir que el ministerio público francés no es una autoridad judicial en el sentido del Artículo 5.3 del citado convenio, ya que no presenta las garantías de independencia e imparcialidad requeridas por ese texto porque es parte acusadora (Sala de lo Penal, 15 de diciembre 2010, N°10-83.674). Entonces, ¿qué hacer?

Una de las soluciones sería, según algunos, «cortar el cordón umbilical» entre el Ministerio de Justicia y la Fiscalía, que se volvería totalmente independiente. Esta variante no parece acertada, ya que la política penal debe ser definida por el ministro de Justicia, y este la concreta mediante su personal de Fiscalía.

Otra idea es la de otorgar al personal de la Fiscalía la condición de funcionarios del Ministerio de Justicia antes que el de magistrados. Esta tampoco es satisfactoria. Según se pronunció el Consejo Constitucional, el Artículo 5 no es inconstitucional y respeta el equilibrio de los principios mayores.

También se contempla reformar el procedimiento de elección del personal de la Fiscalía para que todos sean nombrados por el presidente de la República, tras dictamen conforme del Consejo Superior de la Magistratura. En efecto, a diferencia de los jueces, para quienes es imprescindible un dictamen de conformidad de dicho Consejo, para que el presidente pueda nombrarlos, el personal de la Fiscalía es nombrado con «dictamen ordinario», que puede no ser compartido por aquel.

En resumen, cualquier modificación del Estatuto de la Fiscalía necesitaría de una reforma constitucional, sobre la cual se debate desde hace ya varios años. Hoy se funciona todavía con un sistema de Fiscalía compuesto por magistrados sometidos a la autoridad del ministro de Justicia, pero esa subordinación jerárquica viene modulada por los siguientes elementos:

1. Las garantías teniendo en cuenta la ausencia de independencia de la Fiscalía

En el momento de su requisitoria en la audiencia, o sea, cuando tome la palabra durante el procedimiento penal para apoyar la acusación, tendrá la libertad de palabra, según el dicho «si los escritos están sometidos a la autoridad, la palabra es libre». Ese principio, consagrado por el Artículo 5 de la Ordenanza del 22 de diciembre de 1958, relativa

al Estatuto de la magistratura, dispone que «durante la audiencia la palabra de los magistrados de la Fiscalía es libre».

Esto significa que, si esas requisiciones escritas antes del juicio apuntan a la acusación, teniendo en cuenta lo que resalta de la investigación y la instrucción, la Fiscalía tendrá toda potestad para modificar su posición durante los debates, y al final de ellos, ya que el juicio es, por supuesto, el momento donde se van a poner sobre la mesa todos los elementos para discutirlos de forma contradictoria.

En la experiencia de la autora como presidenta de audiencias penales, ha podido constatar que mil y una cosas podrían ocurrir en estas, más allá de lo que resulta del sumario, durante la fase del procedimiento penal en que todos se reúnen alrededor del caso para debatir de forma contradictoria. La libertad de palabra de la Fiscalía durante la audiencia es, pues, una garantía.

2. Prohibición de instrucciones del ministro de Justicia en los expedientes individuales

La ley del 25 de julio de 2013, relativa a las atribuciones del ministro de Justicia, le prohíbe dar instrucciones sobre los expedientes individuales. Es evidente el riesgo de «presiones» al más alto nivel jerárquico del Ministerio de Justicia sobre los magistrados de la Fiscalía, mediante instrucciones individuales. No concierne a «la justicia ordinaria», impartida todos los días en multitud de casos, pero apunta a un riesgo de sospechas, relativo a los asuntos políticos o de alcance mediático. Esa ley constituye una garantía del juicio penal.

3. La presunción de inocencia durante la fase de instrucción

La imputación, por el juez de instrucción, no hace desaparecer la presunción de inocencia. Incluso, si a esa imputación le sigue un internamiento en prisión provisional, la persona continúa siendo presuntamente inocente.

La detención provisional debe ser excepcional y la única solución para garantizar la investigación, pero no significa que la persona sea culpable. Si es absuelta, al final de su juicio, tras haber sido detenida provisionalmente, tendrá derecho a una indemnización.

La tarea del juez de instrucción que imputa a una persona y pide su internamiento en prisión provisional es muy delicada, con respecto a las situaciones en relación con la investigación y la persona que se presu-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

me inocente y que se verá de todos modos señalada por un estatuto de imputado, y a veces, por un período de encarcelamiento. En esta fase, una vez más, el principio de contradicción se revela como una garantía muy valiosa en el procedimiento penal.

Este principio va a obligar a las partes y a la Fiscalía a exponer sus argumentos, lo que permitirá al juez «reflexionar hacia todas las direcciones», para evitar equivocarse en su decisión, la pesadilla de los jueces. Se considera a la persona como inocente hasta que su culpabilidad haya sido demostrada. La demostración pasa por la prueba.

4. La prueba: Los medios

Otra garantía del juicio penal: no hay acusación sin prueba. Incumbe a la Fiscalía aportarla. La prueba se efectúa a través de todos los medios. Los jueces van a buscar y examinar los elementos susceptibles de contener una prueba. Van a analizar la denuncia de la víctima, así como los elementos que esta puede aportar y que serán entregados en el debate. Por ejemplo, si se trata de violencias domésticas, se incitará a la víctima a que presente los certificados médicos, las radiografías y demás documentos para establecer la veracidad de sus alegaciones.

Los jueces también van a examinar las actas de los servicios de investigación y someterán los elementos a la opinión de las partes. Se trata, en particular, de las actas de constataciones *in situ*, después de la ocurrencia de los hechos. Los agentes que tienen la calidad de oficiales de policía judicial están habilitados para redactar actas fidedignas, salvo que se pruebe lo contrario. Otros agentes de control de la Administración, como los inspectores del trabajo, también cuentan con esta facultad.

No es suficiente para el imputado venir y afirmar ante el tribunal que el investigador ha anotado cualquier cosa en su acta, o no ha traducido la verdad. Él tendrá que demostrar lo contrario. Es cierto que va a ser muy difícil para el imputado demostrar que lo indicado en el acta es falso, tanto más cuanto el juez le recordará, fatalmente, que la firmó y que su firma manifiesta que la ha leído.

En la audiencia, se le explica al imputado que sus acusaciones, en cuanto a la fiabilidad del acta, son graves, pues si tiene razón, las consecuencias serán particularmente graves para el redactor, en quien, en principio, se confía porque prestó juramento. Si aquel miente y acusa falsamente al investigador, entonces, se entiende que «no facilita su caso». Cuando el

justiciado no produce la prueba de lo que alega, su medio de defensa será totalmente inoperante.

— *Los testimonios: procedimiento*

Los testimonios se prestan mediante declaración ante investigadores o jueces. Esas declaraciones pueden ser espontáneas, si el testigo se presenta por sí ante el servicio de investigación, o solicitadas por el investigador o el juez. Negarse a testimoniar, cuando está citado para hacerlo, es punible con multa de 3750 €, salvo si se presenta un motivo legítimo.

Se invita al testigo a declarar sobre lo que ha visto u oído, o de lo que se ha enterado sobre los hechos. Esas declaraciones pueden dar lugar a nuevas constataciones o confrontaciones. El testigo declara tras haber prestado juramento de decir la verdad. Se le informa sobre lo que puede ocurrir, en caso de falso testimonio: cinco años de prisión y 75 000 € de multa (Artículo 441.7 del Código penal).

Los testimonios son escritos, pero se puede invitar al testigo a que venga a exponer su testimonio en el momento del juicio. En los asuntos criminales, ante el tribunal de lo penal, es frecuente que los testigos vengan a declarar. No solo se invita a los testigos a que digan lo que han visto u oído, sino que, a continuación, pueden ser sometidos a preguntas cruzadas de la Fiscalía, la parte civil, o sea, de la víctima, y de los abogados de la defensa.

El tribunal puede contentarse con leer las declaraciones del testigo durante la audiencia. A veces, es una lástima no poder tenerlo en persona ante el tribunal. Sin embargo, la citación sistemática de todos los testigos a la audiencia correccional —no siempre útil— tendría como efecto entorpecer y alargar el tiempo de las audiencias correccionales que hoy día están totalmente colapsadas.

— *Caso particular del testimonio bajo x*

Los testimonios pueden ser registrados bajo x, es decir, de forma anónima. En Francia, desde 2002, es posible esta forma de prestar declaración, cuando el carácter anónimo se impone para garantizar la seguridad del testigo y sus allegados. El objetivo es hacer fracasar lo que se llama «la ley del silencio», «*la omertà*», por miedo a las represalias. En la práctica, habrá en el sumario un atestado de audición del testigo, sin su identidad, dirección y firma.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

El juez establecerá otra acta con la identidad, dirección y firma del testigo, pero esta no se une al juicio. La identidad y la dirección del testigo se inscriben en un registro conservado en el tribunal. Esa posibilidad de testimonio bajo x, sin embargo, está limitada por la ley, con respecto a los imperativos vinculados a los derechos de la defensa. Las disposiciones de los artículos 706-58 y siguientes del Código de procedimiento penal prevén varias condiciones; entre ellas:

- Que los hechos de la causa conciernan a un crimen o delito castigado con cinco años de encarcelamiento, o más.
- Que el testigo, los miembros de su familia e, incluso, allegados, estén «en peligro de gravedad».

Por ejemplo, el peligro parece confirmado si el testigo justifica haber recibido amenazas y se puede, efectivamente, temer que se le encuentre carbonizado en el maletero de un coche incendiado, después de haber hablado, lo que, en Francia, se llama *las barbacoas*.

Ese ejemplo se ha podido constatar en los asuntos de tráfico de drogas, en el momento de las guerras entre pandillas y los ajustes de cuentas en los barrios. La ciudad «campeona» en la materia es Marsella.

La audiencia bajo x no es posible, si las circunstancias de la infracción y la personalidad del testigo resultan indispensables para el ejercicio de los derechos de la defensa o el conocimiento de la identidad de la víctima. Debe ser solicitada por el fiscal al juez «proveyente» en materia de libertades y detención, o al juez de instrucción. La petición debe ser argumentada para convencer al juez de que la autorice.

La persona imputada puede impugnar la audiencia bajo x. Entonces, debe demostrar que los motivos no eran suficientes y que la medida le impide defenderse normalmente. A partir del momento en que ha tenido conocimiento de la audiencia, dispone de 10 días para impugnar la decisión, ante el presidente de la sala de instrucción de la Fiscalía, la que está facultada a anular aquella, mediante decisión argumentada, es decir, disponer que la identidad del testigo sea revelada.

En resumen, esta es una decisión muy delicada para el juez, quien deberá velar por mantener el equilibrio entre la protección del testigo, su familia y sus allegados, y la necesidad de esclarecer la investigación, de una parte, y de la otra, los derechos de la defensa.

El imputado puede pedir ser careado con el testigo bajo x. Esto se lleva a cabo mediante un dispositivo técnico de audiencia a distancia, que altera la voz (Artículo 706-61 del Código de procedimiento penal).

La ley prevé que no se puede condenar con el único fundamento de un testimonio bajo x (Artículo 706-62 del Código de procedimiento penal). Dicho de otra manera, un testimonio bajo x no es suficiente, por sí solo, para condenar a alguien.

— *Caso particular del testimonio de personas que se encuentran en el extranjero*

Es posible para un juez de instrucción solicitar a otro país, por la vía de la comisión rogatoria internacional, que se proceda a la audiencia de una persona, en calidad de testigo, con las preguntas que transmita. También tal juez puede desplazarse al extranjero para asistir a la audiencia de una persona.

La transmisión de las actas de audiencias se hará en el marco de las diligencias de retorno de las comisiones rogatorias internacionales y estas se integrarán al sumario.

Las diligencias de ejecución en el extranjero para la audiencia del testigo serán facilitadas por la intervención *in situ* del magistrado de enlace, si lo hay, pero también con la asistencia del servicio de seguridad interior de la Embajada de Francia (oficial de enlace).

La autora puede dar fe de una experiencia notable vivida por ella en República Dominicana, mientras fungía como jueza de instrucción de Marsella, que permitió la vista de ciudadanos franceses encarcelados en ese país caribeño. Con su presencia, se pudo tomar declaraciones a esas personas en el marco de una comisión rogatoria internacional, bajo el estatuto de «testigo asistido», es decir, acompañado de un abogado, lo que dio lugar a su imputación por carta en el sumario francés.

Esa cooperación internacional fue particularmente valiosa gracias a las mejores voluntades, competencia, eficiencia, celeridad, benevolencia, respeto y confianza de las autoridades judiciales y policiales de República Dominicana, y al oficial de enlace de la Embajada de Francia, eslabón sin el cual ese tipo de cooperación no hubiera podido ser. El trabajo realizado en este caso de criminalidad organizada permitió que se pudiera celebrar el juicio en Francia y se impusieran condenas.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

— *Los peritajes*

El juez de instrucción, de oficio o a petición de las partes, o del ministerio público, puede disponer un informe pericial para esclarecer el asunto, cuando se trate de una cuestión técnica, por ejemplo, un informe médico-legal, balístico, genético, relativo a la telefonía, video, u otros. Los peritos se escogen entre aquellos que figuran en una lista extendida por la Corte de Casación o por los tribunales provinciales.

La orden del juez que designa al perito también debe determinar su misión y precisar los puntos a esclarecer. Las partes pueden solicitar que se inscriban preguntas complementarias. El juez determina un plazo para la entrega del informe y los resultados de este se someten al procedimiento contradictorio entre las partes.

Los informes periciales en materia probatoria tienen un peso particularmente significativo. Oponerse al contenido y las conclusiones de estos no es cosa fácil. Puede presentarse una solicitud de «contra peritaje» y los abogados también pueden aportar sus propios informes privados. La prueba que resulta del trabajo de los especialistas en determinada materia puede dar lugar, a veces, a una «trifulca de peritos».

— *El peso de la prueba*

La prueba en el procedimiento penal debe ser significativa.

Primera fase: La colocación en detención preventiva, por el servicio de los investigadores, supone la existencia de elementos suficientes para «sospechar» de la persona. La detención preventiva puede prolongarse por 24, 48, 72 o 96 horas. Para las infracciones más graves es posible alcanzar las 144 horas, por ejemplo, en materia de tráfico de drogas en banda organizada, o de terrorismo. Por ello, la ley exige que existan motivos para sospechar.

Segunda fase: La detención preventiva se dispone por el juez que interviene cuando existen indicios graves y concordantes que hacen verosímil la participación de la persona en los hechos.

Tercera fase: La remisión de la persona, por el juez de instrucción, ante una jurisdicción penal, supone la existencia de «cargos suficientes» hasta ese momento.

Cuarta fase: La condena supone la existencia de «elementos suficientes de culpabilidad».

Si al final del examen de las pruebas, la duda persiste, se debe beneficiar al acusado.

5. El principio de la legalidad de los delitos y las penas

No puede haber ninguna incriminación sin ley y ninguna pena sin ley. El principio de legalidad de los delitos y las penas constituye una garantía fundamental de los derechos de las personas ante las jurisdicciones represivas.

Enunciado en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, y retomado en la Declaración de 1848 y en la Constitución, este principio se inserta en el Artículo 111-3 del Código penal francés. En la práctica, eso conduce al juez a confrontar sistemáticamente los hechos que se le someten al texto que prevé la incriminación y la pena. Concretamente, se debe enunciar con claridad lo que se reprocha a la persona, según el texto.

El juez debe enunciar la calificación de los hechos en una «prevención». La definición de esta constituye el perímetro de aquello que se va a discutir de derecho y de hecho. La declaración de culpabilidad solo podrá intervenir, si se tiene la prueba de una perfecta adecuación entre los hechos y el texto. Después, la sanción será definida con arreglo a otro principio: el de la individualización de las penas.

6. La individualización de las penas

El principio de individualización de las penas está previsto en el Artículo 8 de la Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, en el que se dispone que la ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias. Ese principio inquebrantable fue retomado por el Código penal francés en sus artículos 130-1, 132-1 y 132-24.

El juez para decidir sobre la pena, debe tomar en cuenta, al mismo tiempo, varios objetivos: sancionar al condenado, proteger eficientemente los intereses de la sociedad, satisfacer los de la víctima y favorecer la inserción o reinserción del condenado, para prevenir la comisión de nuevas infracciones. Además, debe evitar el encarcelamiento, el que solo debe imponerse en última instancia.

La pena se pronuncia e individualiza al final de la sentencia, después del cierre de los debates, las requisiciones de la Fiscalía y los alegatos de los abogados. No siempre es simple para el tribunal disponer del conjunto de los elementos que aseguren el seguimiento de la ejecución de aquella. En este caso, el tribunal pronuncia la sanción solo con los elementos de que dispone en el momento del juicio, lo que conlleva a una pena de encarcelamiento firme.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Después, el condenado podrá dirigirse al juez de vigilancia penitenciaria para proporcionarle elementos que lo convenzan de que está en posibilidad de cumplir su pena en el exterior de la prisión, con el uso, por ejemplo, de una pulsera electrónica, o con una medida de semilibertad, entre otras variantes.

— La ley del 23 de marzo de 2019: Reconsiderar el encarcelamiento

El 23 de marzo de 2019 se aprobó la ley de programación de la justicia, que tiene como objetivo reconsiderar, verdaderamente, la encarcelación en el momento del juicio. No es una novedad, pero el legislador insiste en ello. Durante el juicio, entonces, hay que tomar el tiempo para interrogarse si no existe una solución mejor adaptada que la encarcelación.

Esta nueva ley prohíbe pronunciar penas de menos de un mes firme de cárcel. El legislador ha estimado que ese corto período de encarcelamiento tiene un efecto desocializador y puede predisponer a la reincidencia. La Fiscalía busca, para las infracciones menos graves y las personas que nunca han sido condenadas, otras soluciones que no impliquen la remisión del autor ante el tribunal. Se trata de medidas «alternativas» al juicio, tales como la obligación de efectuar unas prácticas (ciudadanía, sensibilización a la seguridad vial, sensibilización a los riesgos vinculados al uso de estupefacientes, etc.), la de reparar el daño resultante de la infracción o el recurso a la mediación penal.

El objetivo es asegurarse de poner un fin al desorden originado por la infracción, velar por la reparación del daño causado a la víctima y contribuir a la rehabilitación del autor de los hechos, sin pasar por el tribunal, el cual está bastante colapsado por asuntos considerados como «más graves».

Por otra parte, la ley de 2019 obliga al tribunal penal a rebajar la pena comprendida entre uno y seis meses. De hecho, esa obligación pasa por un escrito particularmente argumentado, cuando no es posible la atenuación de la pena para evitar la cárcel. Para ello, el legislador ha impuesto que se realicen encuestas sociales antes de la vista, a fin de que el tribunal pueda contar con informaciones pertinentes para dictar otras penas, diferentes al encarcelamiento.

Hacer justicia es realizar una actuación extraordinaria de equilibrista que impone sopesar, meticulosamente, cada uno de los elementos puestos en la balanza. No por gusto, el símbolo de la justicia es el de

una balanza. El juez está envuelto, al mismo tiempo, en preocupaciones que pueden parecer contradictorias tratándose de la encarcelación: poner en la cárcel, sí, absolutamente, pero las cárceles están llenas y el encierro no siempre es la solución; tampoco hay que dejar a los delincuentes fuera. Y la decisión pesa sobre los jueces, quienes van a asumir la responsabilidad de los «errores».

El juez trabaja con la naturaleza humana, sus decisiones son, a menudo, «apuestas» por el hombre, porque se cree en él. A menudo, se le pide a la justicia que solucione problemas que tienen sus raíces en ámbitos y fenómenos de la sociedad sobre los cuales los jueces no tienen ningún control.

7. El principio de la contradicción

El principio de la contradicción se encuentra reconocido constitucionalmente como un principio general del Derecho y constituye una garantía esencial del juicio penal. Figura en el Artículo 6 del Convenio europeo de los derechos humanos y condiciona la necesidad absoluta de un «juicio justo».

Este principio da la garantía a las partes de que no serán juzgadas sin haber sido oídas o, por lo menos, llamadas para declarar. También permite que las partes conozcan las posiciones de cada uno sobre los elementos de Derecho, de hecho y sobre las pruebas. Cada uno debe comunicar los elementos que va a presentar en justicia y que van a ser incorporados a la discusión. El juez tiene la responsabilidad de hacer respetar ese principio y, si un elemento no ha sido sometido a la contradicción, podrá rechazarlo.

El principio de contradicción es particularmente valioso para el juez porque le da la posibilidad de «reflexionar en todas las direcciones» y valorar los argumentos, a veces contradictorios, presentados por una parte y la otra, tarea más difícil que la de defender una sola tesis, como hacen las partes que se encuentran frente a él.

8. El plazo razonable

El derecho a la celeridad es reconocido como un derecho humano. Según el Artículo 6.1, del Convenio europeo de los derechos humanos, toda persona tiene derecho a que su causa sea oída en un plazo razonable. El Artículo L 111-3, del Código de la organización judicial, refleja de igual forma este principio, al indicar que las decisiones de la justicia se realizan en un plazo razonable. Francia fue condenada por la

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Corte Europea de los Derechos Humanos en el marco de asuntos que le habían sido sometidos por el incumplimiento del plazo razonable.

El carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia en función de las circunstancias, la complejidad del caso, el comportamiento de los protagonistas y la implicación del litigio para el interesado. Estos últimos meses[2], varios tribunales en Francia han recurrido a la jurisprudencia de la Corte Europea para anular procedimientos judiciales.

9. Las nulidades derivadas de la ausencia de respeto a los principios que garantizan el juicio

La persona imputada, para defenderse, siempre tendrá la posibilidad de invocar el incumplimiento en la aplicación de los principios que garantizan el juicio. Podrá hacerlo, incluso, después del acta de cierre.

Las nulidades pueden ser evocadas en los preliminares del juicio, *in limine litis*. Esta es una práctica corriente. A menudo, el juicio empieza por el examen de un listado de nulidades presentado por los abogados. Si el tribunal reconoce la nulidad, la causa terminará. Cuando el tribunal acepte examinar el fondo del asunto, se pronunciará sobre la totalidad de lo planteado al final del juicio.

III. CONCLUSIÓN

La preocupación del juez es evitar, efectivamente, el error judicial. Para ello debe respetar y aferrarse a todas las garantías previstas para el humano y la justicia, garantías sin las cuales no podría ejercer su oficio con serenidad.

[2] Esta conferencia fue presentada en mayo de 2022.

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

COMENTARIO
Recibido: Junio 20, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL ACTUAL A LA VÍCTIMA

CURRENT CRIMINAL LEGAL TREATMENT OF THE VICTIM

M.Sc. Ileana Gómez Guerra

Presidenta, Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado, Tribunal Supremo Popular, Cuba

Código ORCID: 0009-0004-2703-3029.

ileana@tsp.gob.cu

Resumen

El trabajo reflexiona en torno a la situación de la víctima en el proceso penal cubano actual. La reforma procesal, llevada a cabo en 2021, se distingue, entre otros aspectos relevantes, por el reforzamiento de los derechos y las garantías de las víctimas, el que se cuenta entre sus principales bondades. La consideración de la víctima como parte procesal y las herramientas que se ponen a su disposición han favorecido la concreción de la tutela judicial efectiva. No obstante, ante los desafíos de la realidad, capaz de superar cualquier previsión normativa, ha sido necesaria la intervención del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, para dotar a la práctica judicial de una instrumentación uniforme de la ley, cuestión que también recibe la consideración de la autora.

Palabras clave: Víctima; derechos de la víctima; proceso penal; tutela judicial efectiva.

Abstract

This paper reflects on the situation of the victim in current Cuban criminal proceedings. The procedural reform, carried out in 2021, is distinguished, among other relevant aspects, by the strengthening of the rights and guarantees of victims, which is one of its main benefits.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Their consideration as a procedural party and the tools made available to them have favoured the realisation of effective judicial protection. However, faced with the challenges of reality, capable of surpassing any regulatory provision, the intervention of the Governing Council of the Supreme People's Court (CG-TSP) has been necessary in order to provide judicial practice with a uniform implementation of the law, an issue which also receives the author's consideration.

Keywords: *Victim; victim's rights; criminal proceedings; effective judicial protection.*

Sumario

I. Introducción; II. Desarrollo; III. Conclusiones; IV. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La víctima ha sido tradicionalmente un sujeto relegado en la legislación cubana. La derogada Constitución de la República, de 1976 (Torres y Suárez, 2018, pp. 933-950) omitía los derechos, los deberes y las garantías fundamentales de la víctima; a la vez, asignaba la promoción y el ejercicio de la acción penal pública, en representación del Estado, a la Fiscalía General de la República. Con ello, silenciaba la protección de los derechos de las V-P por la comisión de delitos. Solo la LPPM [GOR-O (33), 1977, pp. 369-469] les reconocía su condición de parte en el proceso, con garantías y derechos, si les interesaba intervenir.

En la derogada LPP (MINJUS, 2003, pp. 3-282), y sus modificaciones, la V-P estaba limitada(o) a actuar como testigo de los hechos, sin posibilidades de influir o exigir sus derechos de manera directa o por medio de un abogado; tampoco podía recurrir las decisiones judiciales con las que estuviera en desacuerdo. Era el fiscal quien tenía la misión de garantizar y velar por la protección de sus derechos y decidía si impugnaba las resoluciones, o no, pues la opinión de la V-P no le resultaba vinculante.

La Constitución de 2019 [GOR-E (5), 2019, 69-116] compulsó al fortalecimiento del sistema de justicia penal, al incorporar garantías esenciales como la tutela judicial efectiva y el debido proceso, lo que tendría expresión, luego, en la promulgación de varias leyes, tanto sustantivas como procesales, que proporcionarían la renovación y ampliación de los derechos y las garantías de los intervinientes en los asuntos, con un tratamiento justo para los afectados por la comisión de delitos.

Para el desarrollo de ese objetivo, se ofreció a la V-P por el delito un papel protagónico, se le reconoció como una de las partes de la relación jurídico-procesal, con todos los derechos inherentes a ese reconocimiento. Sus criterios pasan a ser trascendentales, cuenta con protección, dada la posibilidad de disponer medidas cautelares para resguardar sus intereses patrimoniales e integridad física, no solo en los hechos delictivos de violencia de género y familiar, sino en todos los demás; puede contar con asistencia jurídica, acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial, colaborar con el fiscal, ejercer la acción civil por sí, sostener la acción penal en ciertos casos, arribar a acuerdos con el imputado o acusado acerca de la responsabilidad civil, aportar medios de pruebas, solicitar la exclusión de aquellos obtenidos con violación de lo establecido, interponer los recursos o procedimientos contra las resoluciones judiciales, contar con un proceso sin dilaciones indebidas, ser resarcida por los daños y perjuicios causados, entre otras prerrogativas.

Al examen del estado de la cuestión en la actualidad se dedican estas líneas, con el mero propósito de contribuir al entendimiento de las modificaciones sobrevenidas y la interpretación que de ellas ha hecho el máximo órgano judicial.

II. DESARROLLO

La armonización de los derechos del imputado, con los de las V-P encuentra expresión en la LPRP, la No. 143 [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], en la que se concede a estas(os) últimas(os) la posibilidad de ser partes en el proceso y, con ello, la posibilidad de adherirse a la pretensión resarcitoria presentada por el fiscal, ejercer la acción civil de forma independiente en el mismo proceso penal o participar como coadyuvante de la acusación en el juicio oral.

El Artículo 139 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4122] define qué se entiende por V-P, en el sentido de que es «la persona natural o jurídica que, a consecuencia de un delito, haya sufrido un daño físico, psíquico, moral o patrimonial», mientras el Artículo 140 considera incluidos en esa categoría a:

> a) La persona directamente afectada por el delito;
>
> b) el cónyuge, la pareja de hecho y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en los casos en que el afectado haya fallecido; sea una persona

ISSN EDICIÓN IMPRESA: 1810-0171
RNPS: 0504

> con discapacidad mental invalidante o una persona menor de edad;
>
> c) el heredero y los causahabientes, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del causante;
>
> d) los socios, accionistas o miembros, respecto a los delitos que afecten a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirijan, administren o controlen;
>
> e) los representantes de una persona jurídica, en cuanto a los delitos que la perjudiquen;
>
> f) las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que lesionen intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con estos y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito. (p. 4122)

A partir de los estudios criminológicos y victimológicos (Pazmiño, 2011, p. 58; Arias, 2016, pp. 184-203; Rodríguez, 2016, pp. 204-227), puede entenderse como víctima a la persona afectada por el delito de manera directa, y perjudicado, a aquel que sufre los efectos del ilícito penal indirectamente, *vgr.* el cónyuge, la pareja de hecho y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos, tíos, sobrinos, primos, cónyuges, suegros, yernos y nueras), en los casos en que el afectado haya fallecido, sea una persona con una discapacidad mental invalidante o un menor de edad, y al heredero y los sucesores en los delitos cuyo resultado sea la muerte del causante.

Si la víctima es una persona jurídica (cooperativas no agropecuarias, pequeñas y medianas empresas, sociedades, empresas no estatales, entre otras), tendrán la condición de perjudicados los socios, accionistas o miembros, cuando los delitos se cometan por quienes las dirijan, administren o controlen; asimismo, son considerados perjudicados los representantes de una persona jurídica, respecto a los delitos que la afecten, y las asociaciones, fundaciones y otros entes, en aquellos ilícitos que quebranten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación esté vinculado directamente con esos intereses y esta se haya constituido antes de la perpetración del hecho ilegal.

Novedoso resulta el Título VI de la Ley [GOR-O (140), 2021, pp. 4122-4123], al garantizar la forma en que la V-P puede acceder al proceso, las facultades que posee como sujeto de derecho y aquellas que se

le adicionan, una vez reconocido como parte, con lo que se verifica el cumplimiento de los artículos 92, 93, 94 y 95 del texto constitucional [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87], que establecen la posibilidad de las personas de acceder a la justicia penal, resolver sus conflictos con el uso de métodos alternos y disfrutar de un debido proceso en el ámbito judicial, preceptos estos respaldados por garantías de obligada observancia.

El Artículo 141 de la ley procesal [GOR-O (140), 2021, pp. 4122-4123], a tono con la Constitución [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87], preserva el derecho de la V-P a que, durante el proceso, se respete su dignidad y se proteja su intimidad, se le informe sobre los hechos, las circunstancias que los rodean y todo lo que resulte pertinente para la protección de sus intereses; a su vez, el precepto permite que la persona en esta condición aporte pruebas para el esclarecimiento del delito y reconoce el derecho que le asiste de ser resarcida por los daños y perjuicios que le ocasionen el responsable del delito o los terceros llamados a responder, con los que puede establecer acuerdos reparatorios o, por el contrario, renunciar a este derecho.

Además, se reconoce el deber de las autoridades de entregarle, en depósito, los bienes o valores de su propiedad o posesión que hayan sido ocupados, con la finalidad de usarlos como prueba en el proceso, y se le permite interesar declarar en privado, si así lo estima, con la sola presencia de los representantes de las partes, en hechos de violencia de género o familiar, en los que la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad; en estos supuestos, la declaración que ofrezca podrá ser examinada y filmada por personal calificado, a fin de que se proyecte en el juicio, sin necesidad de su presencia física, a menos que la propia persona solicite lo contrario.

Cuando se tome declaración a la víctima, se debe evitar la victimización secundaria o revictimización, entendida como el agravamiento de su situación o estado, causada en el contexto del proceso. Con este objetivo se le brindará la información y preparación previa que requiera, para agotar la diligencia en un solo acto. Tal exigencia no aparece consignada expresamente en la letra de la ley, sino que subyace en ella, como consecuencia de los avances de la victimología y los compromisos internacionales asumidos, entre ellos, los resultantes de las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018), en cuyo

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Capítulo I: Preliminar, Sección 2.ª: Beneficiario de las reglas, apartado cinco, Victimización, se establece:

> (12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria).
>
> Se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria).
>
> Se procurará garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquellas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un período de tiempo).
>
> También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial.
>
> Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito. (pp. 4-5)

La V-P debe ser informada(o) de los resultados del asunto y puede impugnar las decisiones de la autoridad en la fase investigativa, mediante el recurso autorizado por la ley (queja) y, de ser necesario, interesar la protección cautelar en cualquier estado del proceso. La legislación actual establece, como una de las finalidades de las medidas cautelares, la protección a la víctima, especialmente cuando se trate de violencia de género o familiar; entre las medidas que pueden dispensarse se encuentra la prohibición de acercamiento a la V-P, y los familiares o las personas allegadas de estos.

Otro aspecto en el que la ley procesal complementa lo regulado en el Artículo 94 de la Constitución [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87] es la obligación de escuchar a la V-P antes de que la autoridad decida archivar las actuaciones o adoptar otras decisiones que pongan fin al proceso, o lo suspendan condicionalmente —el imputado es sometido a un período de prueba, durante el cual debe cumplir una serie de medidas que justifiquen que el fin de la sanción puede alcanzarse sin necesidad

de ejercer la acción penal—; en este último caso, no solo se procura el parecer del agraviado, sino que la reparación del daño o la indemnización del perjuicio constituye un requisito para su adopción, tal como queda fijado en el Artículo 419 [GOR-O (140), 2021, p. 4172]. De no cumplirse tales presupuestos, el tribunal dispone la continuación del curso del proceso, lo que valida la aplicación de la justicia restaurativa (Pérez y Zaragoza, 2011, s.p.).

Tal enfoque también se confirma con algunas de las «condiciones» a las que puede supeditarse el trato jurídico-penal concedido, como es el caso de que quien incurra en hechos de violencia de género o familiar, u otros que lo ameriten, deba someterse a tratamiento médico, psicológico, al igual que la obligación de mantenerse alejado de la V-P, sus familiares o allegados, en tanto estas medidas favorecen la sanación de las heridas provocadas por el suceso, tanto en quien ha sido afectado, como en el comisor.

Para que el fiscal pueda prescindir de la presentación de las actuaciones al tribunal, además de escuchar previamente a la V-P, debe cerciorarse de que el imputado los haya resarcido o de que ellos acordaron la forma y el momento de hacerlo; así, se garantiza la obtención de la reparación por los daños materiales y morales, o la indemnización por los perjuicios, como establece el Artículo 94 de la Constitución [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87]. El hecho de que la V-P no acepte la decisión del fiscal y tenga la posibilidad de ejercer la acción penal ante el tribunal resguarda sus derechos.

La V-P puede erigirse como acusador particular, cuando el tribunal rechace la petición del fiscal de sobreseer definitivamente las actuaciones —lo que tendría efectos extintivos de la responsabilidad penal, similares a los de una sentencia absolutoria—; también, si el titular de la acción penal aplica criterios de oportunidad —facultad de no acusar, bajo determinados presupuestos—, o en el acto de juicio oral, retira la imputación contra el supuesto responsable del delito.

Durante el control judicial de la medida cautelar de prisión provisional, en los casos en que se trate de delitos de violencia, la ley exige que el tribunal escuche a la víctima antes de decidir —Artículo 361.1, [GOR-O (140), 2021, p. 4161].

En cumplimiento de lo regulado en el texto constitucional, la LPRP reconoce el derecho de la V-P a recibir asistencia jurídica, a cuyo efecto debe designar abogado y solicitar, a la autoridad a cargo del trámite,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

que lo reconozca como parte; tal decisión se adopta de manera fundada y en ese momento se dan a conocer las prerrogativas con las que contará procesalmente quien haya sido afectado por el delito —por ostentar la condición de parte. Lo anterior puede acontecer desde el inicio del proceso penal o en las diferentes fases por las que este transita, incluido el juicio oral, y en cualquiera de los procedimientos establecidos en ley. El tribunal, siempre que deba decidir sobre la petición antedicha, gestiona la comunicación entre la V-P y su representante procesal.

En el juicio oral, la V-P, constituida(o) como parte, tiene derecho a presenciar el acto judicial desde el inicio o, si no ostenta tal condición, desde el momento en que preste declaración —Artículo 141 i), [GOR-O (140), 2021, p. 4122]. Tal previsión dialoga con la del Artículo 503.1 [GOR-O (140), 2021, p. 4186], en el que se indica que la prueba testifical debe comenzar con la declaración de la V-P, a menos que se haya decidido variar ese orden, a instancia de parte o de oficio. El afectado por el delito, directa o indirectamente, puede participar plenamente en la práctica de las pruebas y en el debate oral, por sí o por medio de su representante —artículos 497.1, 525.1, 528.2, 529.2, 531.2, 551… [GOR-O (140), 2021, pp. 4186, 4189, 4190, 4195].

Desde su posición de parte, la V-P también ostenta otros derechos, como los de: Examinar las actuaciones, ser notificada de las resoluciones dictadas e interponer los recursos correspondientes, proponer las causas de nulidad previstas en la ley, adherirse a la pretensión resarcitoria presentada por el fiscal, ejercer la acción civil por sí, en el mismo proceso penal o actuar como coadyuvante de la acusación en el juicio oral —Artículo 142 [GOR-O (140), 2021, p. 4122].

Por otra parte, la declaración de la V-P está incluida entre las diligencias indispensables que debe practicar la policía, al tener conocimiento de un hecho presuntamente delictivo —Artículo 155.2 [GOR-O (140), 2021 p. 4125]. El incumplimiento de las exigencias legales en relación con los derechos de las personas afectadas por el delito pudiera ser causa de nulidad.

La ley procesal define que la conciliación o el acuerdo entre el imputado, y la V-P, puede gestionarse por la autoridad actuante, mediante un proceso de diálogo y comunicación, dirigido a conseguir el resarcimiento y la solución del conflicto desde una perspectiva justa para ambas partes, a tono con lo previsto en el Artículo 93 del texto constitucional [GOR-E (5), 2019, p. 86]. Incluso, para archivar las actuaciones, como consecuencia de la aplicación de multas administrativas por

la comisión de delito, se exige el pago previo de la responsabilidad civil. La conformidad del afectado en cuanto a la forma y cuantía de esta es imprescindible.

Para que el tribunal pueda dictar la sentencia de conformidad, cuando el acusado, por sí mismo o mediante su defensor, alegue estar de acuerdo con la acusación presentada por el fiscal o el acusador particular o privado, y con la sanción interesada —en cualquiera de las variantes posibles, antes o durante la celebración del juicio oral—, debe escuchar el criterio de la V-P por el delito —artículos 464.3, 488 y 489 [GOR-O (140), 2021, pp. 4180 y 4184].

Al objeto de preservar la igualdad en el ejercicio de los derechos y las oportunidades procesales, en consonancia con lo dispuesto en el Artículo 94 de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87], se confiere a la V-P la facultad de recusar al magistrado, juez, fiscal, instructor, policía o perito con el que esté en desacuerdo, siempre que existan razones válidas que sustenten tal petición —artículos 21 c), 22-27, 34, 582 a) […], [GOR-O (140), 2021, pp. 4099-4101, 4202].

La disposición procesal en comento refuerza la protección a quienes resulten agraviados por la comisión de delitos, también, desde otras perspectivas: El fiscal ejerce la acción penal cuando la V-P, a quien la ley exija la denuncia, no la formule o desista de esta, con afectación para el interés social o estatal, o se trate de una persona especialmente protegida por la ley, por su situación de vulnerabilidad, o discapacidad para ejercer ese derecho. El tribunal puede disponer celebrar el juicio en privado, para garantizar el respeto a las V-P, o sus familiares. Se reconoce, como causa de suspensión del juicio, la enfermedad de la V-P, erigida(o) como parte.

Complementando la importancia de la V-P por el delito en el ordenamiento jurídico nacional, el CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], regula que, para determinar la medida de la sanción a imponer a los acusados, el tribunal evalúa, de conjunto con otros elementos, «las consecuencias físicas o mentales producidas a la víctima y la magnitud del daño material, moral, perjuicio económico ocasionado o el riesgo de causarlo» —Artículo 71.1 a) [GOR-O (93), 2022, p. 2580]. Define, asimismo, ese texto legal la forma de adecuar la sanción en los delitos cometidos como resultado de la violencia de género o la familiar, en los que el tribunal puede incrementar la sanción a imponer a quienes sean

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

considerados responsables penalmente, en un tercio del límite máximo del marco legal —Artículo 75 [GOR-O (93), 2022, p. 2582).

La ley penal sustantiva regula varias agravantes de la responsabilidad penal, vinculadas al aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la V-P —Artículo 80.1 h), i), k), n) [GOR-O (93), 2022, pp. 2584-2585]—; por el contrario, dar satisfacción a estos, en cualquier momento del proceso, antes de declararse el juicio concluso para la sentencia, es considerado como una atenuante de la responsabilidad penal. También tienen esta última consideración los delitos que pueda cometer la víctima, como consecuencia de la violencia continua y persistente ejercida sobre ella —Artículo 79.1 c), i) [GOR-O (93), 2022, pp. 2583-2584].

Una de las causas que regula el CPE para no exigir la responsabilidad civil a quien responda por el delito, es la existencia de acuerdos reparatorios entre el imputado o acusado y la V-P, lo que colma lo regulado en la LPRP —Artículo 102.4 d) [GOR-O (93), 2022, p. 2594].

La ley antes referida introduce varias figuras delictivas que salvaguardan los derechos de las víctimas, entre ellas la que se integra por realizar «actos de amenaza, violencia o intimidación contra estas, sus familiares, cónyuge, pareja de hecho o personas allegadas, así como la promesa, ofrecimiento, concesión de un beneficio indebido, o cualquier otro acto […]», con la finalidad de «obstaculizar o impedir la aportación de medios de pruebas, la prestación de testimonio o la comparecencia ante la autoridad de testigo, V-P, en cualquier fase del proceso» —Artículo 183.1 [GOR-O (93), 2022, p. 2617).

Otra peculiar modificación fue la inclusión, como delito de asesinato, de la circunstancia de cometer el hecho después de haber sido advertido oficialmente, por la autoridad competente, debido a la actuación violenta o agresiva contra la víctima, o hallándose sujeto a alguna medida de distanciamiento o alejamiento de esta —Artículo 344 e) [GOR-O (93), 2022, pp. 2661-2662]—; así como la previsión de otras figuras, entre las que se incluyen acoso laboral —Artículo 327 [GOR-O (93), 2022, p. 2656]—, agresión sexual —Artículo 395 [GOR-O (93), 2022, p. 2677].

Con el objetivo de lograr la uniformidad en el tratamiento de estos sujetos procesales por parte de la Policía Nacional Revolucionaria, los instructores, fiscales, abogados y jueces en las diferentes fases del proceso penal, el CG-TSP dictó, en enero del año en curso, la Instrucción No. 277 [GOR- E (14), 2023, pp. 51-57], precedida de recurrentes debates de los

magistrados y jueces, y de un amplio proceso de consulta con los demás órganos del sistema judicial, académicos y otros juristas.

La instrucción aclara los conceptos de V-P, define la forma y los supuestos a comprobar por la autoridad actuante para determinar, de existir varios perjudicados, derivados de una misma víctima, la que será reconocida como parte, en representación de las restantes. Esta decisión se adopta mediante resolución fundada, la que puede ser impugnada por medio de los recursos de queja y súplica, en dependencia del trámite en que tenga lugar, y es revocable, de existir razones justificadas.

El instrumento, además, precisa que los agentes de la autoridad, funcionarios o sus auxiliares, en el ejercicio de las funciones que les corresponden, son reconocidos como víctimas, solo si el acto ilegal afecta su integridad corporal o psíquica, su vida o sus bienes, y siempre que, en estos supuestos, sea necesario exigir la responsabilidad civil por el delito, por tener incidencia en el patrimonio personal del agraviado.

Explícito queda en la instrucción que la V-P solo puede interesar ser reconocida(o) como parte cuando inicia el proceso penal, momento que coincide con el de la instructiva de cargos a la persona natural o jurídica que comparezca como acusada; y ratifica la obligación de la autoridad a cargo del trámite, de informar a la V-P sobre sus derechos, a tono con lo desarrollado en LPRP. Se enfatiza en el derecho que asiste al sujeto en tal condición de intervenir en las diligencias y acciones de instrucción que se practiquen durante el proceso investigativo y que incorporen elementos de pruebas.

Novedoso resulta que, en virtud del principio de igualdad de las partes que enarbola la Constitución —Artículo 94 a) [GOR-E (14), 2023, p. 86]—, se entiende que la V-P puede representarse a sí misma(o), de estar habilitada(o), o contar, cuando lo interese, con representación múltiple —hacerse defender por más de un abogado—, o incluso, examinar las actuaciones aun cuando no tenga defensor.

En la citada instrucción, se realizan precisiones, en correspondencia con la ley procesal, sobre los supuestos, las formas y los términos en que resultaría procedente escuchar a la víctima, y la posibilidad de su examen en privado, con especial referencia a la filmación de la declaración, la posibilidad de que esta se preste mediante videoconferencia, si se justifica, y el uso posterior de tal grabación en otros trámites, incluido

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

el juicio oral, de persistir y acreditarse el estado de indefensión que genere la decisión.

También, se enfatiza en la solicitud y el otorgamiento de la protección cautelar a la V-P y se describe, detalladamente, la ruta a seguir por esta(e), cuando esté en desacuerdo con la decisión del fiscal de no acusar al imputado ante los tribunales, con lo cual se garantiza el cumplimiento de los principios que informan el debido proceso, en sintonía con el Artículo 94 de la Constitución [GOR-E (5), 2019, p. 86-87].

Creativamente, el CG-TSP otorga contenido a las posiciones que puede adoptar la V-P, si es reconocida(o) como parte en el proceso penal. Se deja sentado que la condición de coadyuvante de la acusación constituye la postura más privilegiada para agregar aquellos elementos que se valoren como necesarios para defender la calificación del delito y la intervención del imputado en este, toda vez que le permite a la V-P diferir del fiscal, interesar circunstancias agravantes de la responsabilidad penal u otras concurrentes, a su juicio, añadir reglas de adecuación o solicitar sanción y responsabilidad civil diferentes, aunque siempre en relación con el hecho imputado por el fiscal.

En este contexto, se precisan los derechos que asisten a la V-P en la vista oral, en cuanto a la práctica de las pruebas, la modificación de las conclusiones provisionales, si las hay, o su «elevación» a definitivas, y la presentación del informe oral ante el tribunal, para hacer saber sus intereses, todo ello de acuerdo con su condición de parte y el momento en que esta le haya sido reconocida.

Entre los derechos que la Constitución reconoce a las personas, en su Artículo 94 [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87], está el de recurrir las resoluciones judiciales, lo que encuentra expresión en la instrucción, al posibilitar que la V-P, reconocida(o) como parte, antes del juicio oral o durante este, pueda establecer el recurso para solicitar agravar la situación legal del acusado.

Asimismo, la interpretación realizada protege a la V-P, de producirse la retroacción del proceso a la fase preparatoria, ante determinada falencia, al disponer que, en la resolución del tribunal ordenándola, se haga saber su condición de parte y la identidad del defensor que lo asiste en sus derechos, en evitación de que se ejecuten o realicen diligencias investigativas que incorporen pruebas u otras acciones, sin citarlos.

La instrucción ratifica que quien resulte afectado por el delito puede interesar ser reconocido como parte al dar inicio el juicio oral, pero en tal caso, con apego a las garantías constitucionales del derecho a la defensa del acusado, el debido proceso y la seguridad jurídica, el informe oral que rinda deberá ajustarse a las conclusiones definitivas del fiscal. En ese propio sentido, señala la imposibilidad de que la V-P que renuncie al derecho a constituirse como parte en la fase investigativa, la intermedia o el juicio oral, recurra la resolución que ponga fin al proceso (la sentencia), debido al impedimento de retrotraerlo a un trámite anterior, proclamado en la propia ley procesal; en tal supuesto, solo podrá, después de que se le reconozca la condición de parte, ser notificado de las resoluciones que se dicten a partir de entonces, y oponerse a los recursos del acusado y del tercero civilmente responsable.

A tono con lo establecido en la LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738], la instrucción reafirma la necesidad de que el tribunal, antes de declarar cumplidas, anticipadamente, las sanciones de reclusión domiciliaria, trabajo correccional sin internamiento, servicio en beneficio de la comunidad o limitación de libertad, en los delitos de violencia de género o familiar, escuche el parecer de la V-P.

Igualmente, valida lo previsto en la propia ley, con relación a la necesidad de contar con el parecer de esta persona, antes de decidir los incidentes vinculados con la libertad condicional, la licencia extrapenal, la sustitución de la privación temporal de libertad por sanciones alternativas, la modificación o revocación de estas, la concesión de los beneficios de excarcelación anticipada, el sobreseimiento condicionado o la licencia extrapenal, el período de prueba del primero de estos beneficios, la declaración de dar por concluido, anticipadamente, la reducción del de la remisión condicional, la modificación o disposición del cese de las medidas de seguridad posdelictiva terapéuticas, o de dejar sin efecto la sanción accesoria de prohibición de salida del territorio nacional. En todos estos casos, la V-P de los delitos de violencia de género o familiar debe ser informada(o), para que pueda expresar su opinión y alegar lo que estime conveniente ante el juez competente.

La novedosa instrucción confirma que la V-P, reconocida(o) como parte, puede establecer el incidente sobre responsabilidad civil e instar a la autoridad competente, es decir, al presidente del Tribunal Supremo, el fiscal general de la República o el ministro de Justicia, para interponer el proceso de revisión. A los efectos de brindar la tutela judicial que

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

demanda y merece la persona afectada, se enfatiza en el deber de los tribunales de adoptar las medidas necesarias para garantizar la expedita tramitación y solución del proceso.

III. CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas, en la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], complementada con el CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], la LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738] y la Instrucción No. 277 [GOR-E (14), 2023, pp. 51-57], del CG-TSP, las V-P por la comisión de delitos gozan de un tratamiento especial y disfrutan de una protección jurídica eficaz, como parte de la cual se les reconoce como sujetos procesales de relevancia, con derecho a la reparación integral por los daños y perjuicios resultantes del acto lesivo, lo que debe ser garantizado oportunamente, en cumplimiento de los principios establecidos en la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116].

IV. REFERENCIAS

Arias Meza, J. Victimización. (2016). En *Informe sobre la aplicación de las 100 Reglas de Brasilia por parte de la Cumbre Judicial Iberoamericana*. http://anterior.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=777898&folderId=904111&name=DLFE-6385.pdf

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 277. (Febrero 17, 2023). GOR-E (14), 51-57.

Constitución de 1976. En Torres Cuevas, E. y Suárez-Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones. Constituciones, estatutos y leyes constitucionales en Cuba entre 1940 y 2012* (t. 2), 933-950. Imagen Contemporánea.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2018). 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana. http://www.cumbrejudicial.org

Ley No. 5, Ley de procedimiento penal. En Ministerio de Justicia. (2003). *Ley de procedimiento penal actualizada*. MINJUS.

Ley No. 6, Ley procesal penal militar. (Agosto 18, 1977). GOR-O (33), 369-469.

Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.

Ley No. 153, De ejecución penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (94), 2697-2738.

Pazmiño Granizo, E. (2011). Las 100 Reglas de Brasilia. Derechos humanos y acceso a la justicia para personas y grupos de atención prioritaria. Defensoría Pública de Ecuador.

Pérez Sauceda, J. B. y Zaragoza Huerta, J. (2011). Justicia restaurativa: Del castigo a la reparación. En Campos Domínguez, F., Cienfuegos Salgado, D. y Zaragoza Huerta, J. (Coords.). *Entre libertad y castigo: Dilemas del Estado contemporáneo*. *Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz*. http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3104/38.pdf

Rodríguez, M. F. (2016). Mujeres víctimas de violencia. En *Informe sobre la aplicación de las 100 Reglas de Brasilia por parte de la Cumbre Judicial Iberoamericana*. http://anterior.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=777898&folderId=904111&name=DLFE-6385.pdf

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

COMENTARIO
Recibido: Septiembre 19, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

SANCIONES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL FIN PREVENTIVO A DEBATE

PENALTYS APPLICABLE TO LEGAL ENTITIES: THE PREVENTIVE PURPOSE UNDER DEBATE

M.Sc. Nilson Poveda Buitrago

Abogado litigante, consultor, asesor y profesor,
Universidad Libre, Colombia

Código ORCID: 0000-0001-9252-1214

povedanilson@yahoo.com, nilson.povedad@unilibre.edu.co

Dra. Mayda Goite Pierre

Profesora titular de Derecho penal, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana

Presidenta, Sociedad de Ciencias Penales,
Unión Nacional de Juristas de Cuba

Código ORCID: 0000-0002-8525-5074

mgoitepierre@gmail.com

Resumen

El presente trabajo aborda los fines de la sanción en el caso de las personas jurídicas penalmente responsables, con especial detenimiento en el fin preventivo, transitando por conceptos y categorías dogmáticas que sustentan los fundamentos de política criminal en torno a esta esfera. Se ponen de relieve mecanismos de contención, prevención y evitación de la criminalidad corporativa como los *compliance programs*, los canales de denuncias en las organizaciones, las normas ISO, entre otros, al analizar la incidencia de su utilización en las corporaciones, respecto a la atenuación o exención de su responsabilidad penal, según el caso.

Palabras clave: Responsabilidad penal de la persona jurídica; fines de la pena; prevención; programas de cumplimiento normativo.

Abstract

This article addresses the purposes of punishment in the case of criminally liable legal entities, with special emphasis on the preventive purpose, going through concepts and dogmatic categories that support the foundations of criminal policy in this area. It highlights mechanisms of containment, prevention and avoidance of corporate criminality such as compliance programs, whistleblower channels in organizations, ISO standards, among others, by analyzing the impact of their use in corporations, with respect to the mitigation or exemption of their criminal liability, as the case may be.

Keywords: *Criminal liability of a legal person; purposes of punishment; prevention; regulatory compliance programs.*

Sumario

I. Introducción; II. La responsabilidad penal de las personas jurídicas; III. Los fines de la pena, un ejercicio teleológico; 3.1. Las teorías tradicionales de la pena; 3.2. Correlación entre prevención y justicia; 3.3. La prevención y los fines de la pena; 3.3.1. La prevención especial; 3.3.2. La prevención general; 3.3.3. Los *compliance programs*; IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de los fines de la pena en el caso de las personas jurídicas suscita gran interés, pues es habitual incursionar en el estudio de estos en relación con las personas físicas; pero esa nueva alternativa de la responsabilidad penal de las corporaciones en América Latina convoca a revisar, desde lo conceptual, las tradicionales figuras de la prevención especial —retribucionista—, la prevención general, en sus vertientes negativa y positiva; auscultar las tendencias dogmáticas de hoy y, por supuesto, la implementación recogida en el nuevo CPE de Cuba que, en sus descripciones explícitas, resulta ser una excelente herramienta de discusión para quienes se ocupan de estas lides académicas y doctrinarias.

Aquí, los autores examinan las figuras jurídicas atinentes, en conexión con los fines de la pena y la responsabilidad de las personas jurídicas; transitan por los conceptos y categorías dogmáticas de la teleología de

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

la pena, haciendo aplicación del método que brinda la política criminal; exploran el conocimiento de herramientas como los *compliance programs*, el canal de denuncias en las organizaciones, las normas ISO, y otros que, como mecanismos de contención, prevención y evitación, podrían servir de fórmulas para no vulnerar las expectativas normativas ni poner en riesgo, de forma efectiva, los bienes jurídicos tutelados. Así, comprender que la utilización de estos instrumentos preventivos, eficaz y materialmente, en las corporaciones, hacen de la persona jurídica un eventual *ente* que transita por el riesgo permitido, atenuará o eximirá su responsabilidad penal, según el caso. También, deducir que, ante la falta de *the compliance,* o su no idoneidad, las personas jurídicas se verán inmersas en responsabilidad penal, como es la tendencia universal, itero, en procura de salvaguardar los derechos humanos. También, asocian la finalidad de la pena con mecanismos extrapenales útiles para la prevención delictual. Al final, plantean unas denominadas conclusiones y/o recomendaciones que, para la mejor lectura, podrán ser quizás unas abiertas reflexiones con las que se pretende abrir la discusión en la materia.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El propósito de esta exposición no es debatir en torno a una concepción ontológica o normativa del Derecho penal y de cara a la responsabilidad de las personas jurídicas, pues en el ámbito cubano, con el texto del nuevo CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], se regula esta con total claridad, al considerar a aquellas como tal por la comisión de los delitos realizados en su nombre, por acuerdo de su órgano de gobierno o dirección, o por su representante, sin excluir la responsabilidad individual de los intervinientes. Se considera que la persona jurídica es un «ser social», que goza de derechos y contrae o adquiere obligaciones, y en una sociedad del riesgo, de responsabilidades derivadas del incremento de este, y del desconocimiento o incumplimiento del rol social, así como obra la responsabilidad civil, en desatención a los deberes y el desbordamiento de esos riesgos, surge la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por supuesto, no vista desde un plano ontológico, tema superado por el legislador cubano.

Es claro, que, aceptada en la teoría moderna del delito para América Latina, que la condición de persona depende de normas jurídicas, y

al Derecho penal como mecanismo de control social, no le importa toda acción causal, sino, solamente, aquellos comportamientos que despliegue un titular de derechos y obligaciones en contra de los deberes de conducta, y atenten contra un bien jurídicamente protegido, sin limitaciones, surge la responsabilidad penal corporativa.

Siendo así, se resalta la importancia del momento histórico en el que se avanza, para atender la criminalidad corporativa, como un fenómeno complejo (asociado al crimen no convencional), caracterizado, como lo enseña la profesora Zúñiga (2009), por «[…] una delincuencia en la que sus actividades se proyectan, además, dentro de actividades inocuas, en contextos normalizados, entre los límites de lo legal y lo ilegal» (p. 43), lo que históricamente ha hecho difícil legislar, prevenir esa delincuencia, identificar a los sujetos activos y esclarecer las conductas ante los estrados judiciales.

Paso seguido, comporta comprender que, en materia de política criminal, ella participa en tres ámbitos, como lo explica Ballesteros (2020, p. 3): uno, el legislativo, pues aconseja y orienta al legislador en la elaboración de las leyes, presentando sus conocimientos de forma clara y sencilla sobre la realidad criminal de un determinado lugar, para que la norma penal resulte de mayor eficacia, y adecuada al contexto delincuencial de la región y de este modo evitar o resolver mayor número de casos. Dos, la función dogmática, en el proceso sistemático de adaptación a la realidad social, cultural y criminológica, que se debe apoyar en las consideraciones político-criminales para actualizar sus bases a la época actual o realidad latiente. Y finalmente, tres, la esfera de la función crítica del derecho vigente, conociendo las deficiencias de la actual legislación en relación con la lucha contra el delito y proponiendo cambios legislativos para ajustar la ley a los nuevos fenómenos de delincuencia o las nuevas formas para la comisión del delito.

La sociedad de riesgo trajo aparejado un fenómeno delictivo de corte colectivo, que permite encubrir en su diseño organizacional al responsable individual y, aun cuando este se ponga al descubierto, la ausencia de respuesta sobre el «ente colectivo» facilita la reproducción del delito; por ello, es menester crear mecanismos que propicien tomar acciones concretas que frenen esa recaída. Ese argumento es la base de la discusión que se concreta en el hecho cierto de que la producción delictiva de este siglo tiene como protagonista a las grandes asociaciones económicas (asociaciones, sociedades de todo tipo, trasnacionales,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

consorcios), debido a que su propia actividad puede generar «riesgos» que se construyen como bienes jurídicos a proteger: medio ambiente, economía, salud, seguridad social, crimen organizado, tráfico y trata de personas, armas, drogas, entre otros, derivando, por tanto, la criminalización de las personas jurídicas en una herramienta eficaz para la prevención y la sanción efectiva contra esos delitos (Goite, 2015, p. 307).

Las grandes corporaciones hoy desempeñan un papel protagónico en el ambiente globalizado de riesgos, al punto de que, como sostiene García (2011):

> No hay duda [de] que la empresa ha desplazado a la figura del comerciante individual en el territorio de la economía, lo que explica no sólo que la normativa jurídico-privada haya tenido en cuenta desde hace tiempo el fenómeno corporativo en la constitución de las relaciones jurídicas, sino también que el propio sistema penal comience a plantearse en la actualidad la necesidad de considerar a la persona jurídica en sus criterios de imputación de responsabilidad. (p. 65)

Vista la responsabilidad penal de una corporación desde la política criminal y una concepción dogmática, vale recordar lo que el profesor Reyes (2008) planteaba antaño como un problema:

> La discusión sobre la posibilidad [de] que las personas jurídicas puedan responder penalmente, es susceptible de ser planteada en el plano político criminal [*sic*] o en el puramente dogmático. Desde la primera perspectiva, la tendencia mayoritaria es la de aceptar esa responsabilidad. En el ámbito de la dogmática, la solución pasa por la necesidad de reformular nociones estructurales de la teoría del delito como las de acción, imputabilidad y culpabilidad. Desde el punto de vista de una teoría de la imputación objetiva de corte normativo, se propone un nuevo concepto de acción y otro de culpabilidad, que puedan ser predicados tanto de [*sic*] las personas individuales como de las denominadas personas jurídicas. (p. 43)

Después de transitar mucho tiempo sobre la discusión político-criminal *vs.* dogmática, hoy por hoy, se advierte una posición ya resuelta por Zúñiga (2009):

> [...] para los sectores que concebimos que el sistema penal es capaz de asumir criterios de imputación directamente para las

> personas jurídicas, dado que incluso en algunos ámbitos del derecho penal económico, la norma de determinación se dirige principalmente a empresas, personas jurídicas, se trata de diseñarlos, consensuarlos. El injusto de la persona jurídica no plantea problemas. Se trata del perfeccionamiento de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que se encuentran tipificados en el Código penal. (p. 38)

Con estos pilares doctrinarios, se da por hecho que, en el ámbito cubano, al acogerse la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha superado el concepto ontologicista y prima el derrotero normativista. El legislador se ocupa consecuentemente de atribuir responsabilidad penal a la corporación, por la comisión de conductas punibles, de forma directa, más allá de la exigible a las personas naturales que también ostenten alguna responsabilidad; ello es consecuente con una mirada avanzada y también de imbricación entre política criminal, doctrina e instrumentos internacionales, ofrece un giro copernicano, por cuanto perfila la normativa frente a las críticas que se le habían realizado, y, de ese modo, logra coherencia en la regulación.

El legislador cubano de 1997, se adelantó de manera temprana al retomar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que fue útil, como respuesta al fenómeno delictivo que se avecinaba; sin embargo, la manera en la que se diseñó padeció de defectos que posiblemente hicieran inviable su aplicación. El Artículo 16 del anterior CP (Rivero y Bertot, 2009) no estaba en correspondencia con las normativas vigentes para la conformación de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas que se podían penalizar; el sistema de penas no era adecuado, no se tomó en cuenta la necesidad de modificar algunos postulados del Código que tenían como destinataria la persona individual, como los artículos 27 (p. 20), relativo a los fines de la pena, 47 (pp. 62 y 63), sobre la adecuación, 52 y 53 (pp. 69 y 70), referidos a atenuantes y agravantes, y la responsabilidad civil derivada del delito, entre otros, y, fundamentalmente, se cuestionó el sistema de penas del Artículo 28.4 (p. 21), porque se hacía depender del previsto en la parte especial para los delitos que se cometían por las personas físicas, lo que podía contravenir los principios de proporcionalidad y adecuación de las penas (Goite, 2015. s.p.).

Admitida la responsabilidad penal de las personas jurídicas sin cortapisas, se imponía el desarrollo del conjunto de instituciones que permitie-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

ran su adecuada aplicación y en eso el legislador también tomó partido, al diseñar los tipos de sanciones y ampliar el catálogo de las posibles a imponer, tanto principales como accesorias —Artículo 32, CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2568 y 2569]—, dejando claro, además, las distintas reglas de adecuación específicas —artículos 83-85, [GOR-O (93), 2022, p. 2586]— y la forma de extinción de la responsabilidad penal —artículos 90-97 [GOR-O (93), 2022, pp. 2590-2592].

III. LOS FINES DE LA PENA, UN EJERCICIO TELEOLÓGICO

Una de las principales novedades del vigente CPE [GOR-O (93), 2022] es su expresión sobre los fines de la pena, colocando de manera prioritaria el fin preventivo —Artículo 29.1, p. 2566—, lo que ubica al sistema en un lugar de avanzada en el pensamiento criminológico, con una clara definición de este rol atribuido al Derecho penal, que se erige en un principio de validez para su actuación. Esa determinación cobra una mayor fuerza en lo tocante al tratamiento a las personas jurídicas, toda vez que el fin último de esta exigencia de responsabilidad es lograr que ellas no se desvíen del propósito para el que fueron creadas —Artículo 29.2, p. 2566.

3.1. Las teorías tradicionales de la pena

De vieja data se ha construido en este ámbito una mirada pacífica del problema de la pena, en el que se abarcan asuntos de política social y teoría del Estado que son de central importancia.

Pese a todas las modificaciones fundamentales de las constituciones estatales y de las relaciones sociales, desde hace siglos, siempre se siguen ofreciendo las mismas tres concepciones que se disputan el predominio en la discusión científica y se ocupan, en una medida mutante, en la legislación y la justicia penal (Roxin, 1997, p. 308).

La primera, por intermedio de Kant (2005) y Hegel (2005), plantea que la pena debe retribuir el hecho imponiendo un mal y, con ello, servir a la justicia, independientemente de cualquier efecto social; he ahí la teoría de la retribución. La segunda, ve la tarea del Derecho penal en impedir que el autor cometa otros delitos. Comprende la teoría de la prevención especial, vinculada al profesor Von Liszt (1984). La tercera,

otorga a la pena la función de motivar a la generalidad, o sea, a toda la población, hacia una conducta legal; es esta la teoría de la prevención general, la que tuvo como defensor a Feuerbach (1989).

Se pueden sintetizar las tres teorías en dos grupos. Por un lado, las de la retribución, como una teoría «absoluta» e independiente de sus efectos sociales, que encuentra su sentido en la producción de justicia; y por otro, las teorías de la prevención especial y general, que son «relativas», vinculadas a una finalidad, las que quieren alcanzar efectos sociales a través de la pena influyendo en el autor o en la generalidad, con el propósito de impedir los delitos.

3.2. Correlación entre prevención y justicia

La concepción básica de la teoría de la pena, su punto de partida, permite decir que una pena solamente resulta legítima cuando es preventivamente necesaria y, al mismo tiempo, es justa en el sentido de que evita al autor cualquier carga que vaya más allá de la responsabilidad por el hecho.

Una sanción «absoluta», que renuncie a finalidades de prevención y únicamente demuestre la majestad del Derecho, desprendida de objetivos (Maurach, 1971, p. 77), no solamente no acertaría con la teoría social del Derecho penal, sino que tampoco sería compatible con las bases de una Constitución de avanzada.

La pena constituye una intervención estatal grave y, como tal, precisa una legitimación jurídica que no puede consistir en una idea metafísica de comprensión retributiva de responsabilidad, sino solamente en su idoneidad y necesidad para cumplir con tareas estatales (control seguro de la criminalidad). El Estado no está facultado para imponer una pena que no sea preventivamente necesaria.

Asimismo, la teleología solo preventiva, tampoco puede legitimar la pena. La sanción no debe justificarse frente al responsable con una simple finalidad preventiva, sino que tiene que poder ser entendida por el sujeto activo del delito, en el sentido de ser merecedor de ella. Y esto solo ocurre cuando la pena es justa, es decir, cuando se le vincula con la responsabilidad del autor y está dada a su medida. Entonces, tiene que estar en una relación apropiada con la responsabilidad.

La exigencia de una necesidad preventiva de pena, al igual que su limitación por la medida justa de la responsabilidad, se ven trazadas por las

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

bases de la teoría del Estado, respetuosa de los derechos humanos. Así, una «teoría de la unión» que vincula, de la manera expuesta, prevención y justicia, no constituye una vinculación ecléctica de planteamientos heterogéneos (Roxin, 2016, p. 82). Mejor, persistir en una justificación acumulativa, es la única posibilidad plausible de fundamentar suficientemente la potestad punitiva estatal.

En consecuencia, es lógica y político-criminalmente obligatoria otra consecuencia de la concepción fundamental expuesta. La pena debe quedar por debajo de la responsabilidad cuando esto sea preventivamente razonable. Cuando una pena leve pueda cumplir con la finalidad preventiva de igual o mejor manera que una fuerte, que era la «merecida», la pena que agotará la medida de la responsabilidad carecerá de legitimación a través de la necesidad social.

3.3. La prevención y los fines de la pena

La mutación en la teoría de los fines de la pena, que puede hacer que esta alcance un renacimiento político-criminal con consecuencias positivas, no radica tanto en los altos niveles de teoría abstracta como en la orientación hacia la realidad social y los nuevos mecanismos de sanción.

3.3.1. La prevención especial

Rigió como finalidad dominante de la pena con la postguerra, e influyó en las construcciones normativas europeas, luego de mitad y finales del siglo pasado, pero ha desaparecido en la actualidad de la discusión internacional sobre la teoría de la pena. Hoy, la prevención general domina el terreno.

Roxin (2016, s.p.) lo lamenta porque la finalidad de ayudar al autor del delito a no incurrir en el futuro en conductas punibles es, como idea, el medio más constructivo de todos para tratar con la criminalidad. En términos de persona física, la resocialización ayuda a su reintegración social y eleva sus oportunidades, abriendo el camino para que la corporación sea compuesta por sujetos con una actuación no reprochable. En consecuencia, resulta positivo de forma general, porque un autor que no vuelve a cometer delitos ya no representa un riesgo y mejora las condiciones de vida de todos.

Por ello, no es una correcta vía político-criminal, la de descalificar la prevención especial. Se tienen que introducir alternativas con otras

medidas sociales promotoras de resocialización, como lo sostiene Roxin (2016, s.p.), de «diversificación» (distribución de planteamientos preventivo-especiales en varias formas de manifestación) y que él considera un cambio fructífero en la teoría de los fines de la pena.

Por ejemplo, se debe incursionar en formas de compensación a la víctima por parte del responsable (reconciliación entre responsable y víctima), encaminadas a la reparación civil mediante prestaciones de este para reducir su pena —suspensión condicional de su ejecución, o incluso, la exención de esta. En el caso de las corporaciones, podría manifestarse mediante su participación activa en los beneficios sociales constructivos, expresivos de su reintegración, como pudiera ser realizar alguna producción en favor del medio ambiente u otra prestación laboral voluntaria en provecho de la generalidad.

La compensación entre responsable y víctimas, los grandes esfuerzos de reparación civil y el trabajo comunitario ofrecen más oportunidades preventivo-especiales que la privación de derechos de corta duración. Evitan desventajas, producen algo socialmente útil y dan al responsable la sensación de haber mitigado el daño gracias a su aporte social.

Si se piensa en otras formas y regulaciones preventivo-especiales, se hallará, por ejemplo, que, si un responsable ha respondido con éxito durante el período de suspensión condicional de la condena, se le puede otorgar como premio de resocialización una remisión retroactiva de la sanción, de manera que no tenga antecedentes penales; ello motivaría a los responsables para trabajar en restablecer a las víctimas durante el período de prueba. Otra fórmula sería la de que el trabajo retribuido económicamente, y como compensación al daño, sirva para reparar y garantizar los perjuicios causados.

Incluso, ante la confluencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y de las físicas que integran sus órganos de gobierno, las sanciones impuestas pudieran convertirse en reparación económica, no solo desde el actuar del ente societario, sino a partir del trabajo remunerado de los individuos, como forma resocializadora; que se le reconozca como un trabajo regular, le permita reparar el daño cometido e, incluso, pagar sus deudas, así como ahorrar un capital para una futura libertad, si estuviera privado de esta.

De esta manera, se muestra una perspectiva —desde una lista con mayores alternativas— de ideas de resocialización que se defienden por los autores en materia de fines de la pena.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

3.3.2. La prevención general

Constituye una importante finalidad de la pena, pues al Estado le debe interesar impedir que las personas declaradas responsables de la comisión de delitos incurran en nuevos ilícitos y, a la vez, influir en la totalidad de las personas para que no incursionen en hechos similares.

No basta con la intimidación para evitar que la persona caiga en la criminalidad; en la actualidad, esta prevención general «negativa» ha sido ampliamente desplazada por la prevención general «positiva». Con ella, la pena tiene el encargo de demostrar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y reforzar la fidelidad jurídica de quienes integran la sociedad.

El destinatario de la prevención general ya no es solamente el que está en peligro de caer en la criminalidad. Pretender intimidar a este mediante el Derecho penal tampoco es alentador, pues el responsable suele confiar en no ser descubierto y, por eso, no teme a las consecuencias. Ello indica el retroceso de la prevención general negativa en la discusión actual.

Hoy, el destinatario de la prevención general positiva es, sobre todo, la persona fiel al Derecho, a quien se debe transmitir, mediante una justicia penal en funcionamiento, una sensación de seguridad y una actitud de aprobación frente al Estado y su ordenamiento jurídico.

Al igual que en la especial, en la prevención general positiva es posible contar con fórmulas de mayor diversificación, pudiendo diferenciarse tres efectos distintos: Uno, el de aprendizaje, que alcanza el Derecho penal poniendo a la vista, de manera ilustrativa, las reglas sociales básicas, cuya violación no puede aceptarse. Dos, el de confianza, que resulta cuando la persona ve que la ley se ha impuesto. Y, tres, el de pacificación, que se produce cuando un quebrantamiento criminal es resuelto mediante la intervención estatal y se restablece la paz jurídica.

Político-criminalmente, es claro que, mientras la idea de la intimidación tiende a penas desproporcionadas y duras, la idea de la prevención general positiva alcanza sanciones moderadas. El efecto de aprendizaje, desde el inicio, no está vinculado a determinada medida de pena. Y los efectos de confianza y de pacificación presuponen una respuesta penal justa, es decir, concuerdan con las exigencias del principio de responsabilidad.

La idea de pacificación da la posibilidad de justificar, con la prevención general, la inclusión de la reparación civil y la compensación del

responsable a la víctima en el Derecho penal. Solo cuando la víctima es reparada y se le restablecen sus derechos, se puede decir que se le repuso su derecho lesionado a través del delito, y con ello la paz jurídica.

Ahora, hay un aspecto muy relevante que observar en los fines de la pena, de cara a la responsabilidad de la persona jurídica. En materia de prevención general, esta finalidad tiene una relación mucho menos estrecha con la pena que la prevención especial. Y es que esta —por lo menos en un estado de Derecho— siempre está vinculada a un delito ya cometido y a un responsable como autor concreto. Ella se realiza, entonces, de manera exclusiva en la reacción estatal a los delitos. En cambio, la prevención general siempre quiere ser efectiva, antes de la comisión de los delitos e impedirlos, en lo posible, desde el principio.

Así, se considera que solo una pequeña parte de la prevención general necesaria puede ser dada por la legislación y la justicia penales. La mayor carga preventiva radica en el control social. El medio más efectivo no es la ley o la justicia penal, sino la densidad del control, es decir, una vigilancia de las personas físicas y jurídicas.

Ante ello, sin violentar derechos fundamentalísimos, en la sociedad de hoy, con tantos riesgos, los métodos preventivos de pesquisa computarizados, formas de vigilancia acústica y óptica, *the compliance programs*, inteligencias artificiales (con miras a impedir la comisión de delitos), mecanismos impuestos por el Estado, son nuevas fórmulas de prevención general. Gran parte de la población podría parecer estar dispuesta a tolerar cada vez más control porque, como personas fieles al Derecho, no tendrían nada que temer ni nada que ocultar y porque, además, les parece que es justa una mayor seguridad ante la amenaza criminal.

3.3.3. Los *compliance programs*

En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en procura de la prevención del delito, incluso como mecanismo de justificación de la conducta y/o atenuante de la sanción penal, se implementan mecanismos preventivos, entre otros, los denominados *compliance programs*.

Los programas de cumplimiento normativo —*compliance programs*—, son el conjunto de reglas o medidas de un sistema que es implementado en una corporación u organización, en todos sus niveles, desde

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

la cúspide direccional hasta los niveles inferiores de la empresa, comprendidos los trabajadores o empleados, con el fin de prevenir o impedir que ocurran episodios delictivos, o se vulneren normas de orden administrativo, civil, laboral, o cualquier clase de reglas coercitivas o de obligatorio cumplimiento, encaminadas a propiciar un ambiente de organización, centrado en el cumplimiento de la ley, que evite la comisión de conductas reprochables desde la organización o corporación.

Esta herramienta de contención y evitación de conductas reprochables debe reunir ciertos elementos; por ejemplo, el modelo europeo comprende:

1) Presentación escrita del programa.

2) Elaboración de un mapa de riesgos.

3) Delimitación de funciones y competencias de los órganos implicados en el programa.

4) Existencia de un código de conductas prohibidas y un régimen disciplinario.

5) Programa formativo para directivos y trabajadores.

6) Seguimiento y monitoreo del programa.

7) Incorporación de un programa de denuncias interno.

8) Protocolo o manual de actuación en caso de detección de delitos o irregularidades.

En el caso de Francia, la Ley 2017-399, de 27 de marzo de 2017 (Légifrance, s.f.), referente a la «Vigilancia de las empresas matrices sobre las filiales», obliga a que las corporaciones tengan control y vigilancia desde las matrices hasta las filiales en el extranjero. Se implementan así mecanismos de debida diligencia o plan de vigilancia, equivalentes a un programa de cumplimiento normativo en materia penal.

La importancia de la existencia del *compliance* no es su formalismo, es la necesidad de ser una herramienta de control material, es decir, una cuestión de acción.

Para la eficacia de los programas de cumplimiento, Nieto (2018) señala como criterios por atender:

> I. Implicación e intervención de los directivos y líderes de la organización.

> II. Participación de los empleados y *stakeholders* en el diseño, implementación y ejecución del programa.
>
> III. Coherencia entre el programa de cumplimiento, la cultura, las prácticas y actividades de la organización.
>
> IV. Independencia, capacidad y nivel de formación de los integrantes del área de cumplimiento.
>
> V. Recursos materiales y humanos adecuados a la dimensión de la empresa y los riesgos que presenta la misma [*sic*].
>
> VI. Vigencia y aplicación del programa —controles, sanciones, políticas, etc. (p. 33)

La importancia en los modelos europeos de los programas de cumplimiento, como medios de control, radica en que, frente a las consecuencias en el ámbito penal, podrán atenuar o excluir la responsabilidad; ante ello, los estándares de exigibilidad deben ser rigurosos y elevados.

Sumado a los programas de cumplimiento, para desarrollar estos y lograr eficacia, en el proceso de evitación de incremento de riesgos y daños atribuibles a las corporaciones, se usa la herramienta de los canales de denuncia en las organizaciones, a través de los denunciantes internos o *whistleblower*. Según la definición de Nader (Benítez, 2018, p. 14) significa:

> Aquel acto de un hombre o de una mujer que, creyendo que el interés público es superior al interés de la organización a la que sirve, toca el silbato que alerta de que la organización está realizando actividades corruptas, ilegales, fraudulentas o perjudiciales. (p. 14)

El rol del denunciante o alertador produce un efecto de promover una cultura de responsabilidad e integridad en las instituciones públicas y privadas, y motiva a la ciudadanía para que denuncie las conductas irregulares o delictivas internas de las personas jurídicas.

Los canales de denuncia, además, permiten detectar infracciones corregibles, facilitan identificar e individualizar sujetos —personas físicas— que incurren en conductas ilegales e ilícitas que pervierten el funcionamiento normal de la corporación u organización de la que forman parte o cumplen un rol. Así, desde la identificación de la falla, y la corrección inmediata, se propone un mejor funcionamiento, legal, ético, logístico, cuando en las organizaciones se depura su funcionalidad.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Ante la necesaria implementación de programas de cumplimiento, canales de denuncia, como herramientas preventivas de las personas jurídicas, en procura de evitar la comisión de conductas con reprochabilidad penal, estos medios de contención —especialmente los *compliance*—, desde las reglas de juego fijadas en el ámbito extranjero y como fórmulas de la comunidad internacional para regular los riesgos de afectación de derechos humanos atribuidos como sujetos activos a las corporaciones o personas jurídicas, han incorporado las normas ISO de sistemas de gestión.

No basta pensar en implementar y certificar un programa de cumplimiento, en abstracto, que podría representar un ejercicio meramente formal, y derivar en programas fraudulentos, solo con fines populistas o publicitarios —*paper compliance, cosmetic compliance*—; ante esto, surge la necesidad de aplicar procesos estandarizados por normas ISO, implementados en la corporación, en correspondencia con el interior material de estas, o a la manera de describirlo Caro (2020): «la implementación y certificación de un programa de cumplimiento es una labor abstracta/concreta, implica la aplicación de procesos estandarizados por las normas ISO, pero con el previo conocimiento del ADN de la organización» (p. 3).

Retomando el tema de los fines de la punición y, en específico, el preventivo general positivo, se considera que actualmente el fin de la pena general debe entrañar un mensaje social, encaminado a que el sujeto se abstenga de incurrir en conductas delictivas; una de las fórmulas eficaces, tratándose de las corporaciones, empresas o entes societarios, es la implementación de la prevención y el control sociales que impidan la comisión delictual; así, estarían trenzadas estas fórmulas como mandato preventivo de la adecuación delictiva y mecanismo de abstención conductual por ser un fin de la sanción misma.

Finalmente, para la teoría de los fines de la pena resulta de esto el entendimiento de que la prevención general también puede alcanzarse con métodos extrapenales (no solamente el del control, sino, además, la pedagogía social o el aseguramiento técnico de objetos en peligro: los programas de cumplimiento, los alertadores, etc.); de manera que una política criminal eficaz tiene que ir mucho más allá del Derecho penal.

IV. CONCLUSIONES

La política criminal de los Estados debe propender a regular mecanismos de control social —incluso punitivos— que prevengan la desen-

frenada criminalidad corporativa. La dogmática penal moderna no se construye desde corrientes antologicistas, las cuales están en retirada; el Derecho penal de hoy atiende al normativismo y, en ese entendido, sin renunciar al Derecho penal liberal, las personas físicas y las jurídicas son sujetos de atribución penal frente a las conductas reprochables que vulneran las expectativas normativas y los bienes jurídicos tutelados.

En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, los autores son partidarios de que opera un fin preventivo general positivo abierto, lo que permite implementar fórmulas extrapenales como los *compliance programs* o programas de cumplimiento.

Ellos son una herramienta de prevención en las corporaciones, que, utilizadas materialmente, en forma correcta y real, pueden ser un instrumento de contención, para evitar la criminalidad empresarial, y un peldaño hacia la mejor manera de prevención/evitación de esta, al permitir la funcionalidad corporativa dentro del ámbito del riesgo permitido.

V. REFERENCIAS

Ballesteros Sánchez, J. (2020). *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*. Tirant Lo Blanch.

Benítez Palma, E. (2018). El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia). *Revista Española de Control Externo*, *xx*(59), 11-42.

Caro Coria, D. C. (2020). *Criminalidad corporativa y derechos humanos*. Universidad de Salamanca, Módulo 4. https://www.fundacion.usal.es

Feuerbach, P .J. (1989). *Tratado de derecho penal* (15.ª ed.). Zaffaroni, E. y Hagemeier, I. (Trads.). Hammurabi.

García Cavero, P. (2011). La persona jurídica como sujeto penalmente responsable. En Beruezo, R., García Cavero, P. y Gallo, P. *Derecho penal laboral*. BdeF.

Goite Pierre, M. (2015). De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora desde la mirada de una sociedad de riesgo dieciséis años después. En *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo xxi*. Unijuris, 292-315. https://www.cuba.vlex.com/vid/nuevo-responsabilidad-penal-personas-577044390

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Hegel, G. W. (2005). *Principios de la filosofía del Derecho*. Vermal, J. L. (Trad.). Edhasa.

Kant, I. (2005). *Metafísica de las costumbres*. Cortina Orts, A. y Conill Sancho, J. (Trads.). Tecnos.

Ley No. 2017-399 ley sobre el deber de vigilancia de las transnacionales (Marzo 27, 2017). Légifrance. https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/ECFX1509096L/jo/texte

Ley No. 62, Código penal. (2009). En Rivero García, D. y Bertot Yero, M. C. *Código penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular).* Ediciones ONBC.

Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.

Maurach, R. (1971). *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (4.ª ed.). Verlag C. F. Müler Karlsruhe.

Nieto Martín, A. (2015). Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas. https://dialnet.uniroja.es/servlet/artículo?codigo=4959231

Nieto Martín, A. (2018). Guía para la prevención de la corrupción en las administraciones públicas de Castilla-La Mancha. https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=722940

Poveda Buitrago, N. (2014). *Imputación objetiva, acciones a propio riesgo, y responsabilidad penal médica en Colombia*. Ibáñez.

Reyes Alvarado, Y. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Derecho Penal Contemporáneo,* (25), 43-66.

Roxin, C. (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (t. 1, 3.ª ed.), Verlag C. H. Beck.

Roxin, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual* (t. 1). Grijley.

Von Lizst, F. (1984). *La idea de fin en el Derecho penal*. Aimone Gibson, E. (trad.). Edeval.

Zúñiga Rodríguez, L. (2009). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas* (3.ª ed.). Aranzadi.

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

COMENTARIO
Recibido: Noviembre 9, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

APROXIMACIÓN AL NUEVO PROCESO PENAL MILITAR

COMMENTS ON THE NEW MILITARY CRIMINAL PROCESS

Esp. Roselia Reina Batlle
Presidenta, Sala de lo Militar, Tribunal Supremo Popular, Cuba
Código ORCID: 0009-0000-5425-7918
roselia@tsp.gob.cu

Resumen

Este texto persigue el objetivo de brindar algunas consideraciones sobre determinados aspectos cuya formulación resulta significativa en la Ley del proceso penal militar, recién aprobada. La investigación, como se muestra en el presente trabajo, fue sustentada de manera general en el método dialéctico-materialista. Los métodos y técnicas utilizados se vincularon con el pensamiento humano, como la deducción-inducción y la abstracción-concreción, complementados con otros para estudiar los referentes sobre el tema, como la revisión bibliográfica, el histórico-jurídico, el exegético-analítico, el análisis de contenido y la propia experiencia de la autora en la participación del grupo de trabajo que confeccionó las nuevas leyes procesales cubanas, hoy en vigor; en un proceso que permitió demostrar el modo en que la actual disposición normativa adjetiva de lo militar se atemperó a los nuevos desafíos que enfrentan las instituciones armadas y buscó soluciones a las principales problemáticas que demandaba el perfeccionamiento del proceso penal militar.

Palabras clave: Proceso penal militar; orden jurisdiccional militar; tribunales militares.

Abstract

This work pursues the objective of providing some considerations on certain aspects, the formulation of which is significant in the recently

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

approved Military Criminal Procedure Law. The research, as shown in this work, was generally based on the dialectical-materialist method. The methods and techniques used were linked to human thought, such as deduction-induction and abstraction-concretion; complemented with others to study the references on the topic, such as the bibliographic review, the historical-legal, the exegetical-analytical, the content analysis and the author's own experience in the participation of the working group that participated in the preparation of the new Cuban procedural laws, today in force; in a process that allowed us to demonstrate the way in which the current Military Criminal Procedure Law was adapted to the new challenges faced by armed institutions and sought solutions to the main problems that demanded the improvement of the military criminal process.

Keywords: Military criminal process; military jurisdiction; military courts.

Sumario

I. Introducción; II. Principales problemáticas de la ley procesal anterior; III. La nueva Ley del proceso penal militar; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva LPRPM [GOR-E (12), 2021, pp. 575-715] fue promulgada el primero de febrero de 2022, y en su elaboración intervino un grupo de especialistas, juristas y militares, con la intención de dotar al orden jurisdiccional militar de un cuerpo legal coherente, atemperado a la novedosa CRC de 2019 [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116], que incidiera, de una parte, en la regulación de iguales derechos, deberes y garantías de los distintos sujetos intervinientes y, de otra, en la seguridad jurídica.

En su conformación fueron evaluadas las recomendaciones dadas al sistema judicial cubano por la ANPP en los años 2011 y 2017, específicamente a la materia penal, las que de conjunto con los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución y la Conceptualización del modelo económico y social cubano, permitieron contextualizar las principales vulnerabilidades que se presentaban en la práctica judicial y, a su vez, aquilatar en su justa medida cuánto de positivo presentaba la ley procesal anterior, que tenía más de 40 años en vigor,

sin obviar el desarrollo alcanzado por las instituciones militares en ese período y los cambios acaecidos en la sociedad cubana, de manera que se pudieran asumir nuevas maneras de investigar y enjuiciar los delitos, en correspondencia con los postulados constitucionales.

El objetivo de este trabajo es evaluar cuáles son las principales novedades que exhibe esta ley y los retos que impone incorporarla al quehacer procesal.

II. PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS DE LA LEY PROCESAL ANTERIOR

Al determinarse los principales aspectos sobre los que se debía trabajar, en función de lograr los objetivos enunciados, uno de los elementos fundamentales era el hecho de que el procedimiento penal militar establecía tratamientos diferentes respecto a la investigación y el juzgamiento, con lo regulado en el procedimiento ordinario, lo que presuponía que, en la propia materia penal, ante hechos similares, el tratamiento procesal fuera diferente y aun cuando, por la naturaleza propia de cada orden jurisdiccional, podían no ser iguales, se buscaban tratamientos equivalentes.

Otra problemática lo era el hecho de que, por el tiempo de su vigencia, su contenido no regulaba diversas instituciones, carecía de deberes y derechos que debían corresponderse con el desarrollo del país y el alcanzado por las propias instituciones armadas.

A partir de esos presupuestos, como principales vulnerabilidades del proceso penal militar, regulados en la Ley No. 6, Procesal penal militar (Ministerio de Justicia, 1977), estaban las siguientes:

- No se regulaba cuándo acontecía el inicio del proceso penal.
- El ejercicio del derecho de la defensa era limitado.
- No se establecía el procedimiento de *habeas corpus* ante tribunal militar.
- Los sujetos procesales no se definían, ni se precisaban sus facultades, derechos y garantías.
- No armonizaba la doble función del fiscal militar como parte y controlador de la legalidad.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

• La V-P y el tercero civilmente responsable estaban reconocidos como sujetos del proceso, pero el alcance de sus derechos no completaba los refrendados en la norma constitucional.

• No existía un tratamiento diferenciado para los menores de 18 años de edad.

• La nulidad de las actuaciones no estaba permitida.

• No había definición clara de los requisitos del carácter excepcional de la prisión preventiva.

• Las medidas cautelares previstas no estaban concebidas para ser aplicadas a la persona jurídica.

• Eran limitados los criterios de oportunidad, como alternativas del ejercicio de la acción penal y para resolver el conflicto entre las partes del proceso.

• No se preveían alternativas que aseguraran que la V-P resultase resarcida(o) del daño o perjuicio por el imputado o acusado o tercero civilmente responsable desde antes del juicio oral.

• No existía el procedimiento relativo a la imposición de multa administrativa por parte del fiscal militar.

• No estaban previstas fórmulas para dictar sentencia sin más trámite, en casos de conformidad de los acusados con los términos de la acusación y la sanción solicitada.

• No se regulaba el procedimiento para la aplicación y el control de las técnicas especiales de investigación, ni se preveía como medio de prueba

• La facultad de solicitar medios de prueba a órganos, organismos, organizaciones y entidades era exclusiva del fiscal militar.

• El escrito acusatorio del fiscal omitía la solicitud de sanciones y no estaba previsto que el defensor elaborara conclusiones provisionales.

• No permitía la participación de más de un defensor para representar a un acusado, y de otros fiscales militares para que asistieran al que actuaba en el acto del juicio oral, sobre todo en asuntos complejos.

De manera similar se apreció, de una parte, que el sistema de recursos era insuficiente, porque se apoyaba fundamentalmente en el de casación contra las sentencias de instancia, lo que impedía que se alcanzara una de

las finalidades que se le otorga a este tipo de recurso, en este caso, la de uniformar la interpretación y aplicación de la ley y, de otra, que existían dos procedimientos especiales: inspección judicial y revisión.

Se constató, además, que la casación penal militar no permitía retrotraer el proceso hasta el estado en que se hallaba al cometerse el quebrantamiento, ni se le concedía al acusado absuelto en primera instancia el derecho a recurrir la sentencia, cuando resultase sancionado al resolverse el recurso del fiscal militar.

Tales problemáticas fueron esenciales en el momento de conformar la nueva propuesta de ley, teniendo en cuenta, además, el interés de elevar la calidad en la conformación del proceso penal militar y a tono con lo expresado por el presidente del TSP (Remigio Ferro, 2014):

> […] los resultados de la actividad judicial en el país permiten apreciar, en el transcurso de los últimos años, notables avances en el orden cualitativo, aunque también se identifican deficiencias e insuficiencias en la actuación de algunos tribunales, jueces y secretarios, relacionados principalmente con el inadecuado cumplimiento de formalidades y garantías propias de procedimientos judiciales, la falta de objetividad y argumentación en la adopción de decisiones, y las demoras injustificadas en la realización de determinados trámites. Por tal razón, resulta necesaria la revisión crítica de los mecanismos de gestión de la calidad desplegados por el Sistema de Tribunales Populares del país, a los efectos de su actualización y perfeccionamiento […]. (p. 4)

III. LA NUEVA LEY DEL PROCESO PENAL MILITAR

La LPRPM [GOR-E (12), 2021, pp. 575-715] homologa instituciones y procedimientos de la ley procesal común que, por su utilidad y eficacia, pudieron ser asimilados en este ámbito jurisdiccional, respetando sus especificidades y la necesidad de protección a la seguridad jurídica, entendida como la condición necesaria alcanzada por el país, mediante la cual se garantiza la protección jurídica de los intereses del Estado y el pueblo, a partir del ordenamiento jurídico, sus instituciones y las acciones en el ámbito de la legalidad y el control, con la participación de otros factores de la sociedad, dirigidas a preservar la obra de la Revolución y el ejercicio pleno de la justicia. (Glosario…, 2007, p. 10)

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Se incorporó un proceso específico para el imputado o acusado menor de 18 años, al que se le reconocen otros cuatro derechos, que lo diferencian en el tratamiento penal de quienes no tienen esa especial condición de la edad, como lo es, ante cualquier diligencia de investigación, contar con la presencia de un padre o ambos, o su representante, asistir con ellos al juicio oral y solicitar que este se realice a puertas cerradas.

También regula la posibilidad de la anulación con inmediatez de los actos procesales que vulneren las garantías constitucionales y los tratados internacionales por inobservancia de las formalidades que ella prevé y que, por tal razón, ocasionen perjuicios a los intervinientes.

Bajo el título de *Nulidades procesales*, se regulan las que tienen carácter absoluto y el tratamiento que lleva su detección, conforme al momento procesal en que acontezca; en el caso de las nulidades relativas, las concentra en los actos que pueden ser subsanados, dispone que se ejecute la actuación procesal defectuosa y define los límites de su detección, su preclusión de una fase a otra, así como el conocimiento, en ambos casos, que han de tener las partes afectadas de su presentación y la posibilidad de recurrir el auto que resuelva lo solicitado.

Se ampliaron las medidas que aseguran a las personas naturales y sus bienes, fueron incluidas unas y mantenidas otras con precisión de sus destinatarios. Llama la atención que se reforzó el carácter excepcional de la prisión provisional y se disponen circunstancias específicas para evaluar la procedencia de su aplicación, ya sea por su vínculo con la gravedad de los hechos o con las características personales de su autor, relacionadas también con otras razones que indiquen su pertinencia.

Otro aspecto notorio es que autoriza al imputado a impugnar ante el tribunal militar, en caso de inconformidad, lo resuelto por el fiscal, derecho que establece un control judicial sobre su correcta aplicación.

Se da solución a las carencias detectadas para asegurar a las personas jurídicas y sus bienes, de modo que obren todas las medidas cautelares que les son de aplicación, en qué consisten, quiénes pueden aplicarlas, cómo se designa al interventor que controla la actividad de la entidad o una parte de ella y las facultades que la ley le otorga, entre otros importantes aspectos.

Como elemento novedoso se hace extensiva, a las partes en el proceso, la facultad de solicitar medios de prueba a órganos, organismos, organizaciones y entidades, la que antes era exclusiva del fiscal militar y, con

ello, se da cumplimiento a una de las recomendaciones formuladas por la ANPP, vinculada con profundizar en la acumulación y práctica de las pruebas en el proceso penal.

Igualmente se modifica y amplía el escrito acusatorio del fiscal, en el que ahora se incluye la solicitud de sanciones, lo que anteriormente se omitía, y se previó que el defensor elabore conclusiones provisionales.

Para algunos, este aspecto pudiera no ser novedoso, teniendo en cuenta que, en el procedimiento ordinario, sí estaba regulado, pero ello no acontecía en el militar y siempre fue cuestionado el conocer, en el juicio oral, de las peticiones que al respecto proponía el fiscal militar, por lo que su incorporación no solo contribuye a una mejor preparación en materia de defensa penal, sino que también potencia principios procesales que la ley tutela, tales como los de contradicción, concentración, igualdad, inmediación, entre otros.

Especialmente, el cumplimiento del principio de igualdad de las partes en el proceso penal militar alcanza niveles más elevados, al establecerse que estas puedan intervenir en las diligencias o acciones de instrucción, examinar las actuaciones obrantes en el expediente o causa, lo que con anterioridad tenía serias limitaciones, pues solo cuando se concluía la investigación, se otorgaba al defensor y el perjudicado la posibilidad de hacerlo.

Es significativa la diferenciación que se establece en la denominación del defensor del acusado y el representante letrado de la V-P, destinando un capítulo a cada uno de ellos, en los que los define y determina funciones y derechos en el proceso penal militar.

En el caso de los defensores, se exige que pertenezcan a la ONBC o que se encuentren entre las excepciones previstas en la ley y, en cuanto a los segundos, posibilita que, además de los que pertenezcan a la mencionada organización, pueden designarse quienes prestan servicios en consultorías jurídicas del MINJUS o de asesoría legal de las instituciones, órganos, organismos y entidades, lo que indiscutiblemente amplía el diapasón de posibilidades de designación, conforme a la preferencia de las V-P. Este aspecto no se prevé del mismo modo en la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251].

Hoy se asume la participación de más de un defensor para que representen a un acusado, y de otros fiscales militares para que asistan al que actúa en el acto del juicio oral, sobre todo en asuntos cuya complejidad

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

lo amerita. La práctica judicial de más de 40 años reafirmó la necesidad de la inclusión de este precepto, que implica una actuación consecuente, garante y transparente por ambos sujetos del proceso penal, con un fin único: mostrar la verdad de los hechos, especialmente cuando el embrollo del asunto así lo requiere.

Se definen todos los sujetos procesales, con precisión de sus facultades, derechos y garantías; se incluye al instructor penal; se retoma al tercero civilmente responsable; y el alcance de los derechos de la V-P completan los refrendados en la norma constitucional porque se garantiza su acceso a las actuaciones, la asistencia letrada y la posibilidad de concurrir por sí misma(o) o como coadyuvante del fiscal.

Además, a diferencia de la Ley No. 143 [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], ante la aplicación de un criterio de oportunidad por el fiscal militar, se le permite a la víctima manifestar su desacuerdo y ejercer la acción penal de forma particular y, también, la posibilidad de agravar la situación del acusado por vía recursiva, facultad que en el proceso ordinario solo le asiste al fiscal.

Al propio tiempo, se delimitaron las fases investigativas y preparatorias del proceso penal y perfeccionaron las disposiciones actuales sobre el expediente investigativo, precisando sus términos; así se da solución a una de las problemáticas señaladas.

Se estipula la obligación del fiscal militar de accionar en lugar de la V-P, en los casos en que esta(e) no la ejerza o renuncie a ella indebidamente, cuando se afectan derechos de personas vulnerables o especialmente protegidas por la ley, intereses de las instituciones armadas o del Estado.

Esto obedece, en lo fundamental, a continuar con esa protección humanista de los derechos de las personas y muy especialmente cuando, por determinadas razones, ellas no pueden ejercerlos por sí mismas, quedando así protegidas con el actuar del gestor de la acción penal e independiente de la actuación de quienes familiarmente asumen su representación.

Como alternativas del ejercicio de la acción penal, y para resolver el conflicto entre las partes del proceso, están previstos los criterios de oportunidad que, además de despejar el camino hacia las sedes judiciales, permiten un adecuado uso del principio de que el Derecho penal sea un instrumento a utilizar en los casos más relevantes o trascendentes. La ley no solo contempla cuáles son estos criterios y en qué oportunidad

han de aplicarse, sino también precisa las salidas procesales que, conforme al criterio aplicado, deben dar solución al proceso en cuestión.

Se establece la posibilidad de que el fiscal militar prescinda de la presentación de las actuaciones ante el tribunal correspondiente, en delitos cometidos por imprudencia o intencionales, con sanción de hasta cinco años de privación de libertad; por vez primera, se puede decidir la aplicación de multa administrativa y se mantiene el tratamiento disciplinario en determinados delitos militares.

Similar acontece con fórmulas que ofrece esta nueva LPRPM [GOR-E (12), 2021, pp. 575-715], que posibilitan dictar sentencia sin más trámite, en casos de conformidad de los acusados con los términos de la acusación y la sanción solicitada. Resalta en este aspecto la importancia que reviste el que se disponga escuchar el criterio de la V-P; en ese caso, si no está conteste, se ordena la realización del juicio oral. La ley impide su aplicación en los casos de delitos que prevén la sanción perpetua de libertad o muerte, o cuando implique un menoscabo de derechos y garantías constitucionales, graves perjuicios o se lesionen derechos de terceros, especialmente de personas vulnerables.

Al regular la actuación pericial, se establece la posibilidad de que las partes puedan proponer, a la autoridad actuante, la designación de especialistas de su elección y que, al juicio oral, puedan comparecer asistidas de auxiliares periciales en el tema que se examine, lo que reafirma el principio de contradicción. Esta ley agrega, como circunstancia para declarar inhábil a un perito, el ser subordinado del imputado o acusado, el tercero civilmente responsable o la V-P, lo que, en consideración de la autora, pondera una actuación libre de toda parcialidad.

El procedimiento para la aplicación y el control de las técnicas especiales de investigación, se regula y se prevé como medio de prueba; se define que el fiscal militar es la autoridad competente para aprobarlas y se introduce la facultad del tribunal para conceder prórroga a su aplicación.

Con motivo de la prevención y el enfrentamiento, en el territorio nacional, de la COVID-19, desde el año 2020, el CG-TSP, mediante las instrucciones 248 [GOR-E (16), 2020, p. 219] y 250 [GOR-E (33), 2020, p. 319], permitió que los tribunales realizaran las citaciones y notificaciones por medios telemáticos, tomando en cuenta la anuencia expresa del interesado y dejando debida constancia de esta diligencia en las actuaciones, lo que se consolidó con la Carta circular de 16 de septiembre de 2021, del presidente del TSP, que socializó las buenas prácticas para el uso

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

de las videoconferencia, el correo electrónico y otras vías digitales, para la celebración de los actos judiciales, los de comunicación procesal y la tramitación del auxilio judicial.

Motivada por la experiencia acumulada por los tribunales y tomando como sustento la existencia del Decreto-Ley No. 370, «Sobre la informatización de la sociedad en Cuba» [GOR-O (45), 2019, pp. 763-889], promotor del desarrollo y la utilización de las TIC, nació la Instrucción No. 253 [GOR-E (54), 2020, pp. 455-458], dictada por el propio CG-TSP, que autoriza a las estructuras del ST a utilizar las plataformas y aplicaciones digitales, el correo electrónico y otras vías telemáticas para la realización de los actos procesales de comunicación con las partes, estableciéndose así las pautas para que ello tuviera lugar en los procesos judiciales.

Era razonable, entonces, que en las nuevas leyes procesales aparecieran regulaciones sobre el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, para facilitar mayor agilidad y ahorro de recursos en el cumplimiento de los diferentes trámites y diligencias, con garantías de protección y seguridad; por esas razones, se preceptúa la autorización o aplicación en las actuaciones de todos aquellos medios científicos, técnicos y de este tipo de tecnología, velando por que se garantice el debido proceso, la integridad, plenitud, autenticidad, así como el respeto al honor e integridad moral de las personas.

Fue implementado un procedimiento que ofrece garantías procesales y celeridad para investigar y juzgar delitos sancionables hasta tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas, en sustitución del procedimiento de poca peligrosidad social que se regulaba con anterioridad.

Este tipo de procedimiento, reconocido como *Atestado* patentiza una actuación más dinámica en el conocimiento de conductas ilícitas con este marco sancionador, requiere de una ágil investigación y acelera la posibilidad del juzgamiento en hechos que, por la naturaleza descrita, tienen una tramitación rápida. Establece una diferencia con el procedimiento ordinario, pues regula que el fiscal militar, en estos casos, solo puede recurrir la sentencia cuando haya asistido al juicio oral, lo que, a los efectos de la celeridad, contribuye a una pronta solución.

Como institución jurídica que no poseía la anterior ley, se asume el procedimiento de *habeas corpus* ante tribunal militar, se expone qué tribunales son competentes para conocer de este procedimiento, qué características debe contener la solicitud que se presente, que pue-

de ser verbal o escrita, y las acciones que acometen la autoridad o los funcionarios ante quienes se presente para sustanciarlo.

En materia de recursos, el proceso penal militar, en esencia, se apoyaba en el de casación contra las sentencias de instancia, ya fuesen de tribunales de región o territoriales, de manera que existían en el país cuatro órganos resolviendo los asuntos por dicha vía, lo que impedía alcanzar una de las finalidades que se le otorga a este tipo de recurso: la de uniformar la interpretación y aplicación de la ley. Hoy se asume el recurso de apelación, fundamentalmente para las sentencias dictadas por los de región, mientras que las emitidas por los territoriales son objeto del de casación y solo se faculta a la Sala de lo Militar del TSP para asumir ese medio de impugnación.

Especifica la actual ley que este tipo de recurso procede contra las sentencias que impongan la sanción de privación perpetua de la libertad o de muerte; o en los casos en que el fiscal solicita dichas sanciones y el tribunal absuelve o sanciona por otra distinta, e insiste el solicitante en la pena interesada, así como contra los autos que deniegan las solicitudes de *habeas corpus*; resuelven solicitudes de extradición o causales de artículos de previo y especial pronunciamiento; inadmiten querellas; aplican o deniegan la retroactividad de la ley; rechacen la nulidad de la sentencia firme dictada contra acusados ausentes; o resuelven las solicitudes de sobreseimiento definitivo o condicionado de las actuaciones; así como los incidentes sobre responsabilidad civil.

Machado Álvarez (2022) acota que este tipo de recurso presenta diferencias con lo regulado en la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], en cuanto a lo que evalúa:

> […] Respecto a los delitos con marco sancionador hasta ocho años de privación de libertad, pues [en] la Ley No. 147 se dirige contra las sentencias dictadas por los tribunales militares de región; aquellas en que se sancione por primera vez a un acusado, en proceso de revisión, en delitos con marco sancionador hasta ocho años de privación de libertad, con la distinción en el caso militar de que sean asuntos de la competencia de un tribunal militar de región; y otro disenso, concerniente a los autos del tribunal competente, que ordenen el cumplimiento de las ejecutorias dictadas por tribunales extranjeros contra cubanos, con arreglo a tratados en vigor para la República de Cuba, no contemplados para la ley rituaria penal militar. (p. 23)

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

También la casación penal en el orden militar sufre transformaciones relevantes porque no solo se amplía el control sobre las decisiones judiciales, sino también se establece la facultad del revisor de retrotraer el proceso hasta el estado en que se hallaba al cometerse el quebrantamiento, solución que no estaba presente en el ordenamiento e implicaba revocar totalmente lo actuado, según la fase en que se encontrara. Se incluyó conceder, al acusado absuelto en primera instancia, el derecho a recurrir la sentencia, cuando resulta sancionado al resolverse el recurso del fiscal militar.

Ante la existencia de dos procedimientos especiales, la inspección judicial y la revisión, se asumió este último con causales más limitadas, eliminándose el primero de ellos; y se redujeron a tres las autoridades que tienen facultad para ejercer la promoción de este medio.

De manera general, estas son las principales transformaciones que acontecen en el proceso penal militar, a partir de la promulgación de la LPRPM [GOR-E (12), 2021, pp. 575-715].

Se reconoce que tales cambios implican grandes retos para los operadores de esta norma, especialmente a los fiscales, jueces y magistrados militares.

El mayor de los desafíos, en consideración de la autora, se concentra en su implementación, porque marca un antes y un después en este orden jurisdiccional y presupone, además de un cambio estructural de los tribunales militares, modificar formas de hacer ya arraigadas, aprender e incorporar nuevas maneras y, sobre todo, variar la mentalidad y situarse ante una norma jurídica que dota de herramientas que harán más elevada y efectiva la justicia militar.

A ello se añade el salto cualitativo que implica su homologación con el proceso penal ordinario, en tanto fortalece el encargo estatal que le corresponde ejercer al TSP, a través de su CG e indudablemente esta ley tributa al fortalecimiento del orden y la disciplina militar, la capacidad combativa y al enfrentamiento de las conductas transgresoras en las instituciones armadas del Estado.

Para los más experimentados, obviamente el reto será mayor, pero la autora está segura de que, por el ímpetu de la dotación de jóvenes que integran los tribunales, estos sabrán enfrentarlo con audacia porque, como dijera José Martí (1884) «las reformas, como el hombre mismo, tienen entrañas de justicia y veleidades de fiera [...]» (p. 488).

III. CONCLUSIONES

Con las propuestas enunciadas, se asumen novedosas maneras de investigar y enjuiciar los delitos en correspondencia con los postulados constitucionales.

Se protegen los derechos y distintos tipos de relaciones que se generan en el ámbito de la prestación del servicio militar, y se establece una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley y un entorno normativo armonizado.

La nueva legislación procesal enaltece la transparencia en la actuación de sus operadores con el propósito de coadyuvar al mantenimiento y constante superación de la disciplina militar entre los miembros de las instituciones y entidades militares; el acceso, la información y publicidad de la investigación de los procesos, refrendando un debido proceso más integral y con mayor incidencia en la efectividad de la tutela judicial.

El instaurar un recurso de apelación a instancia territorial reconoce el cumplimiento del principio de doble conformidad que se asume y, en consecuencia, queda solo la máxima magistratura militar como conocedora del recurso de casación.

Se fortalece el encargo estatal que le corresponde ejercer al CG-TSP, el cual establece una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley.

A partir de la reforma procesal cuenta el orden jurisdiccional militar con una ley más coherente, atemperada al articulado constitucional, con notable incidencia, de una parte, en la regulación de iguales derechos, deberes y garantías de los distintos sujetos intervinientes y, de otra, en la seguridad jurídica.

IV. REFERENCIAS

Colegio de Defensa Nacional. (2007). Glosario. Selección de términos sobre seguridad y defensa nacional (3.ª versión). CID-FAR.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Abril 1.º, 2020). Instrucción No. 248. GOR-E (16), 219-220.

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Junio 18, 2020). Instrucción No. 250. GOR-E (33), 319-321.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Octubre 5, 2020). Instrucción No. 253. GOR-E (54), 455-458.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Decreto-Ley No. 370, Sobre la informatización de la sociedad en Cuba. (Julio 4, 2019). GOR-O (45), 763-777.

Ley No. 143, Del proceso penal. (Octubre 28, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

Ley No. 147, Del proceso penal militar. (Febrero 1.º, 2022). GOR-E (12), 575-715.

Ley No. 6, Procesal penal militar. (1977). Publicación de legislaciones, IX. MINJUS.

Machado Álvarez, A. (2022). *Propuesta para el tratamiento de la apelación en el proceso penal militar* [tesis doctoral, Universidad Militar de Ciencias Jurídicas].

Martí Pérez, J. (1975). *Obras completas* (t. 9).

Remigio Ferro, R. (2014). *Bases para fortalecer la gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial en Cuba* [tesis de maestría, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana].

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

COMENTARIO
Recibido: Junio 29, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

JUSTICIA RESTAURATIVA Y DIVERSIFICACIÓN JUDICIAL EN CONTEXTO

RESTORATIVE JUSTICE AND JUDICIAL DIVERSION IN CONTEXT

Dra. Ángela Gómez Pérez

Profesora titular, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana, Cuba

Código ORCID: 0000-0002-5189-3537

angelagmzprz@gmail.com; angela@lex.uh.cu

Resumen

El trabajo aborda la necesidad de implementar la mediación penal en tres direcciones: 1. Como alternativa para dirimir los conflictos de naturaleza penal antes de proceder por la vía judicial, siempre que resulte posible, conforme a los presupuestos previstos en el Decreto-Ley No. 69, Sobre la mediación de conflictos; 2. Como complemento del sistema legal, a partir de lo dispuesto en el Artículo 18.2 del Código penal y de los supuestos contemplados en el Artículo 17 de la Ley del proceso penal, en virtud del principio de oportunidad; y 3. Como posibilidad de extender la mediación a la etapa de ejecución penal con pretensiones de sanación y rehabilitación, tanto para las víctimas como para los victimarios; y cierra con una referencia a la conveniencia de insertar el enfoque restaurativo de la justicia en todas las sesiones de trabajo de la mediación penal, en particular en materia de justicia juvenil y de menores de edad en conflicto con la ley penal.

Palabras clave: Mediación; tratamiento diferenciado; criterios de oportunidad; justicia restaurativa; justicia juvenil.

Abstract

The subject addresses the need to implement Criminal Mediation in three directions, namely: 1. As an alternative to resolve conflicts of

 ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

a criminal nature before proceeding through the courts, whenever possible in accordance with the budgets provided for in the Law on Mediation, Decree Law 69 of 2023; 2. As a complement to the legal system, based on the provisions of section 2 of article 18 of the Penal Code, Law 151 of 2022; it could also complement the cases contemplated in article 17 of Law 143 of 2022 of Criminal Procedure, by virtue of the principle of opportunity; 3. Lastly, the paper contemplates the possibility of extending mediation to the stage of criminal execution with claims of healing and rehabilitation for both victims and perpetrators; and closes with a reference to the advisability of inserting the restorative approach to justice in all work sessions of criminal mediation, particularly in matters of juvenile justice and minors in conflict with criminal law.

Keywords: *Mediation; differentiated treatment; opportunity approaches; restorative justice; juvenile justice.*

Sumario

I. Introducción; II. Las formas de diversificación judicial y la justicia restaurativa; III. La mediación como alternativa al sistema judicial en Cuba; IV. Complemento del sistema jurídico-penal; 4.1. Desde el Derecho penal sustantivo; 4.2. Desde el Derecho procesal penal; V. La mediación durante la ejecución de penas; VI. El enfoque restaurativo de la justicia; VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

> *Quizá nos dan hoy vergüenza nuestras prisiones. El siglo XIX se sentía orgulloso de las fortalezas que construía en los límites y a veces en el corazón de las ciudades. Le encantaba esta nueva benignidad que remplazaba los patíbulos. Se maravillaba de no castigar ya los cuerpos y de saber corregir en adelante las almas. Aquellos muros, aquellos cerrojos, aquellas celdas figuraban una verdadera empresa de ortopedia social.*
>
> (Foucault, 2002, s.p.)

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la mediación penal reviste una importancia meridiana para dar solución al doloroso conflicto que genera el delito, puesto que cuando se ejerce el poder punitivo del Estado, el peso de la violencia

represiva institucionalizada no siempre resuelve el origen del fenómeno y mucho menos cura los sufrimientos de quienes padecieron sus consecuencias.

El Derecho penal tradicional articuló la dogmática jurídica a través de siglos para garantizar a cualquier persona que resulte acusada de cometer un delito, una justicia formalizada, segura, más humana y equitativa, al propio tiempo que despojó el proceso judicial de cualquier ánimo vengativo. Sin embargo, la rigidez de los sistemas legales de base continental europea, así como los procesos de ejecución de las penas y la insatisfacción de las víctimas, pusieron de relieve su excesivo formalismo e incapacidad para lograr sus fines, apreciándose la necesidad de progresión hacia nuevas formas de reacción social ante determinados hechos y autores, en correspondencia con las exigencias de estos tiempos.

Aunque este proceso de transformación en el sistema legal cubano llega tardío, en comparación con Latinoamérica, existen potencialidades para la aplicación exitosa de las FDJ —entendidas como maneras de dirimir el conflicto penal, diversas o diferentes al juzgamiento, de ahí que se asuma, en lugar de la traducción literal del inglés *diversión judicial*, la de *diversificación judicial*, más afín al significado del término en español y a su uso jurídico—, pues la voluntad política para ello se constata tanto en la norma constitucional, como en las demás leyes que la regulan; por otra parte, el país cuenta con un amplio sector jurídico que puede asumir el reto que representa su implementación, en tanto que la población cubana está escolarizada en su totalidad, lo que la sitúa en condiciones de comprender y cooperar para la autogestión de sus conflictos cuando resulte legalmente posible y socialmente útil.

Dada la importancia del tema, resulta pertinente ilustrar *a priori* las ventajas que los MASC tienen no solo para las partes involucradas, sino también para el propio sistema judicial, que puede descongestionar sus salas y centrar la atención en los asuntos más complejos que han de resolverse mediante el proceso penal.

Igualmente, la necesidad de identificar oportunamente las posibles limitaciones que existen para garantizar la implementación y aplicación de la mediación penal, resulta relevante a fin de garantizar la tutela legal efectiva del derecho reconocido a las personas para autogestionar la solución de sus conflictos por vías alternativas al sistema penal en los asuntos disponibles.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

II. LAS FORMAS DE DIVERSIFICACIÓN JUDICIAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El Derecho penal como entramado normativo para el ejercicio del poder punitivo del Estado ha transitado por diversas escuelas a través del desarrollo de la civilización humana, durante las cuales se han ido asignando fines diversos a los sistemas de penas previstos en sus codificaciones, dígase: vindicativos, retributivos, correccionales, rehabilitadores, reducativos, resocializadores, etc., pero siempre en primer lugar han sido represivos, con un alto costo tanto para las redes familiares, comunitarias y sociales, como para las estructuras del sistema sobre el cual gravita la ejecución de las penas.

Por otra parte, la incapacidad de los sistemas legales tradicionales para garantizar que se cumplan los fines de las penas se asocia al fenómeno de la victimización terciaria durante su ejecución, que se traduce en sufrimiento para los internos en el caso de las sanciones centrípetas, debido al congestionamiento de los sistemas penitenciarios por falta de disponibilidad presupuestaria para responder al incremento de la delincuencia y su reincidencia, todo lo cual repercute en la reducción de los niveles de seguridad ciudadana.

La complejidad, lesividad e incremento de la criminalidad como fenómeno global alcanza niveles inusuales en la contemporaneidad, con un impacto negativo no solo en los sistemas judiciales y penitenciarios, sino también en la seguridad pública, la gobernabilidad y la credibilidad en los sistemas sociales de los contextos afectados.

A partir de la segunda mitad del siglo xx, la doctrina de los derechos humanos gana espacios, al propio tiempo el marxismo se erige en la filosofía que conduce las luchas revolucionarias; bajo esta influencia los criminólogos críticos radicalizan sus discursos, que se enfocan hacia la política criminal y el Derecho penal mediante cuestionamientos a su formalidad excesiva, inefectividad de sus fines y rigidez en su sistemática, por lo que proponen la búsqueda de alternativas de solución de conflictos que sitúen en el centro de su atención a la víctima y al victimario; por esta época, también el movimiento victimológico contemporáneo aboga por impedir la revictimización de quienes han sido lacerados por el delito y propone su inserción en los sistemas legales como sujetos de derechos; igualmente consideran necesario precautelar los derechos del imputado para evitar su victimización durante el proceso penal.

Las demandas de criminólogos, victimólogos, penalistas y especialistas de las ciencias sociales, movilizan a la opinión pública y comienza a percibirse, durante las reformas penales de las últimas décadas del pasado siglo, en los países con sistemas legales de base continental europea, que se organizan a partir del principio de legalidad, la inserción del principio de oportunidad que flexibiliza su articulación sistémica y abre paso a las FDJ como alternativas al sistema judicial para la resolución de conflictos penales.

Si bien las FDJ han sido instituidas e implementadas en los distintos contextos de distintas maneras, lo cierto es que constituyen mecanismos alternativos que resultan menos invasivos, más ágiles y pueden tener un efecto positivo para las partes involucradas en el conflicto, para las redes sociales comunitarias y también para el sistema judicial; todo ello indica que la valoración del costo-beneficio humano, social e institucional constituye el fundamento por excelencia para su inclusión en los sistemas legales contemporáneos.

Por tanto, los procesos político-criminales de finales del pasado siglo comienzan a flexibilizar las bases de los sistemas legales en Europa y Latinoamérica, a partir de la inserción del principio de oportunidad, mediante criterios que abren alternativas al Derecho penal, articulándose una nueva dogmática jurídica que no parte de los principios materiales contemplados desde el Derecho penal sustantivo tradicional para la adecuación de las penas, sino de otros principios legitimadores de la intervención del sistema judicial, que hacen expedita una respuesta alternativa a la punición ante determinados hechos, circunstancias y autores.

Entre los mecanismos más recurrentes previstos como alternativas al Derecho penal y reconocidos por los sistemas legales de Latinoamérica, se encuentran las FDJ, en particular la conciliación, la mediación y la justicia comunitaria, por medio del derecho consuetudinario de las etnias originarias; estos mecanismos se definen como procesos alternativos de negociación del conflicto entre las partes involucradas, con la ayuda de un facilitador o mediador, fuera del campo de la punición, con la finalidad de lograr acuerdos resolutorios a través de convenios amigables.

En el Derecho comparado es usual mantener la conciliación dentro del sistema judicial, sujeta a determinados presupuestos procesales, por ejemplo: audiencia previa para conciliar intereses de las partes, aprobación del ministerio público, intervención del juez de paz como concilia-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

dor, entre otros; en tanto que la mediación se concibe para solucionar los conflictos fuera del sistema judicial, con la participación de un mediador habilitado al efecto, que tiene la función de facilitar la negociación entre las partes.

En los sistemas legales de los países que pertenecen al *Common Law,* el Derecho penal se erige sobre la base del principio de oportunidad, por lo que las alternativas a la punición comienzan a aparecer de forma autónoma mediante programas organizados bajo la concepción de la JR en varios países: Nueva Zelanda, Noruega, Australia, Islandia, Canadá y Estados Unidos, entre otros; estas alternativas respondían a la necesidad de involucrar en la solución del conflicto no solo a las partes, sino también a las comunidades, determinadas autoridades y otras personas interesadas; la diversidad de estas vías alternativas respondió a las características etnográficas de sus destinatarios, así como la institucionalidad existente en cada contexto, por lo que ellas tienen formas de organización y denominaciones diferentes: Conferencias de grupos familiares, Círculos de mediación, mediación víctima-ofensor, en materia juvenil, en asuntos de familias, etc.

Luego, en materia de JR, la literatura ha identificado dos tendencias que han repercutido en el modo de insertar esta concepción en las formas de reacción social:

La *tendencia pura*, que considera la JR consustancial a las prácticas alternativas autónomas que se organizan mediante programas, a los que se accede directamente a través de las estructuras organizativas creadas para la solución de determinados asuntos disponibles y siempre que las partes estén dispuestas a negociar su conflicto para restaurar los daños físicos, psíquicos, emocionales o de cualquier naturaleza, que se hayan ocasionado a las víctimas o perjudicados.

La *tendencia maximalista,* que aplica el enfoque restaurativo a todas las formas de resolución de conflictos de naturaleza penal, tanto desde la justicia tradicional (incluso durante la fase de la ejecución de las penas impuestas), como por medio de mecanismos alternativos, por lo que se proyecta dentro del proceso, después de concluido este y fuera de él; esta tendencia encuentra sus fundamentos en la inserción de la víctima en los sistemas legales contemporáneos, lo que ha propiciado una perspectiva victimológica en los procesos de transformación de la reacción social, que privilegia la satisfacción de las víctimas y los perjudicados con su solución, y extiende la mirada hasta la situación del victimario.

En muchos contextos la mediación y la conciliación, como FDJ no siempre se implementan y aplican bajo la concepción de la JR, sino que centran su atención en los acuerdos reparatorios que cubran el monto del daño material ocasionado a las V-P, por lo que lamentablemente se mutilan los fines restaurativos, dirigidos a la reparación de otros daños: moral, emocional, psíquico, pacificación social, restitución de las relaciones quebrantadas, prevención comunitaria, reflexión del victimario y reinserción social tanto de este como de su víctima.

III. LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA AL SISTEMA JUDICIAL EN CUBA

La mediación penal como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos ha sido instituida en Cuba mediante el Decreto-Ley No. 69, sobre la mediación de conflictos [GOR-O (19), 2023, pp. 281-293], con el fin de materializar la tutela legal efectiva al contenido del Artículo 93 de la CRC, que expresa: «El Estado reconoce el derecho de las personas a resolver sus controversias utilizando métodos alternos de solución de conflictos, de conformidad con la Constitución y las normas jurídicas que se establezcan a tales efectos» [GOR-E (5), 2019, p. 86].

Como parte del proceso de implementación del reordenamiento jurídico cubano, resulta necesario avizorar lo más temprano posible las lagunas legales que se producen al aplicar la nueva legislación penal, con el objetivo de complementarla y articularla dentro del sistema legal para lograr soluciones justas y efectivas al conflicto. Si bien la reforma penal se corresponde con las exigencias de la realidad y del mundo globalizado en que se vive, existen cuestiones que requieren de perfeccionamiento para su correcta aplicación, de manera que se garantice el respeto a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, en particular el debido proceso y los principios que rigen un sistema legal de última *ratio*.

El proceso de reforma legislativa que viene desarrollándose en el país ha creado las bases legales para el empleo de la mediación como MASC en todas las materias jurídicas, incluyendo el campo de la punición; sin embargo, aún no se concreta su implementación para la aplicación en materia penal, como puede apreciarse en los artículos 1, 2, 5 y 6 a), f) y g) del mencionado Decreto-Ley No. 69 [GOR-O (19), 2023, pp. 281-293].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

En la propia disposición se consigna que la mediación también puede derivarse de un proceso judicial, pero que primero se intentará resolver el conflicto mediante conciliación, como dispone el Artículo 17.1.2 [GOR-O (19), 2023, pp. 281-293].

En realidad, la mediación propicia un ambiente de mayor privacidad, donde las partes pueden dialogar fuera de las formalidades de las reglas del proceso con la finalidad de lograr acuerdos resultantes de un convenio amigable.

También se establece en la mencionada norma (Artículo 21 f) el pago de tarifas por los servicios de mediación, excepto para las personas que demuestren su insolvencia o que sean beneficiarias de la asistencia social. La Dirección Técnica de la ONBC, el 19 de diciembre de 2022, codificó los asuntos por los servicios solicitados, con sus correspondientes tarifas, incluidos los que se prestan a las víctimas.

En la práctica, la diversidad de asuntos que gravitan sobre la ONBC impide que fluyan los servicios de mediación; por otra parte, la población cubana carece de cultura de diálogo en materia de justicia penal, pues, mientras que en el continente americano, los pueblos originarios sobrevivieron al colonialismo, el neocolonialismo y el neoliberalismo, los aborígenes cubanos fueron extinguidos y los afrodescendientes tuvieron que someterse al poder colonial, por tanto, en estos casos, se extinguieron las prácticas consuetudinarias de sus ancestros.

En Latinoamérica las etnias originarias mantienen sus raíces culturales, su cosmovisión y prácticas de justicia comunitaria mediante el derecho consuetudinario; por ello, las FDJ no resultan extrañas en estos contextos, como sí ocurre en Cuba, donde la población solo ha conocido el Derecho penal tradicional como forma de hacer justicia ante la delincuencia y se ha entronizado una cultura represiva que no admite otra respuesta que no sea la del ejercicio del poder punitivo del Estado, cuestión agudizada por la condición de plaza sitiada, en la cual la población cubana ha tenido que sobrevivir durante más de 60 años.

Es justo en esta etapa de inestabilidad económica y social, devenida a consecuencia de la fase pandémica de la COVID 19 y del recrudecimiento oportunista del bloqueo, que el proceso de reordenamiento jurídico del país cree las bases legales para el empleo de los MASC en materia penal; sin embargo, aún existen vacíos legales y ausencia de infraestructuras que requieren de la disponibilidad de recursos materiales y financieros necesarios para su implementación práctica. Por

tanto, a pesar de la disponibilidad del marco legal, todavía existen barreras que derruir.

IV. COMPLEMENTO DEL SISTEMA JURÍDICO-PENAL

Conforme a la reserva constitucional del Artículo 93 anteriormente citado, el legislador cubano incluyó oportunidades para la solución del conflicto por vías alternativas, tanto desde el Derecho penal sustantivo como desde el procesal penal.

4.1. Desde el Derecho penal sustantivo

Las FDJ pueden desempeñar un rol educativo, resolutivo del conflicto, que evite la impunidad; pero, sobre todo, que no deje a las personas que han sido V-P en estado de indefensión. Esto lo patentiza el Artículo 18.2 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2563], cuando, al establecer los presupuestos que permiten exigir responsabilidad penal a las personas comprendidas entre 16 y 18 años de edad, deja expedita la posibilidad de resolver el conflicto de forma alternativa.

En la parte especial del CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], aparecen los delitos de persecución privada que se resuelven mediante querella o a instancia de la parte afectada, en cuyos casos las partes pueden decidir si es más apropiado el mecanismo alternativo de la mediación penal, siempre que el hecho no tenga trascendencia social.

Igualmente, muchas de las figuras cuyo marco sancionador no excede de los cinco años de privación de libertad, o aquellas otras derivadas que tienen por finalidad la atenuación de las figuras básicas, por su reducida lesividad, tienen expedita la solución del conflicto por vías alternativas.

Es apreciable la cantidad de asuntos que pudieran negociarse por vía de la mediación penal, si se crearan las infraestructuras necesarias y se garantizara el acceso a la justicia alternativa de las víctimas de forma gratuita. En Latinoamérica, existen países donde se han habilitado redes de auxilio a las víctimas de los delitos con la finalidad de proveer todas las acciones necesarias en materia de justicia, incluyendo las vías alternativas (ejemplos: Argentina y Colombia).

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

4.2. Desde el Derecho procesal penal

La nueva LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251] contempla las variantes de solución del conflicto en virtud del principio de oportunidad. Tal es el caso de los artículos 16.2 y 17.1 (p. 4097).

Las FDJ pueden emplearse en virtud del criterio de oportunidad, bien sea mediante actos conciliatorios o la derivación de la solución del conflicto hacia la mediación penal, en aquellos casos en que resulte procedente y las partes así lo decidan.

La resolución del conflicto por una vía alternativa al sistema judicial, como sería el caso de la mediación, se rige por el imperio del principio *non bis in idem*, toda vez que impide el retorno a sede judicial para conocer del hecho nuevamente.

En el caso de las previsiones contenidas en los apartados dos y tres del Artículo 17 (p. 4097) resulta recurrente lo planteado anteriormente al analizar la parte sustantiva, pues constituyen presupuestos en los que puede propiciarse el empleo de la mediación penal como vía para la resolución de conflictos, siempre que existan víctimas físicas y los sujetos implicados en el hecho estén dispuestos a utilizarla, como se ratifica en el apartado cinco del propio precepto, en el que se prevé la posibilidad de aplicar los criterios de oportunidad a las personas menores de 18 años de edad, en cualquier tipo de delito, sin sujeción a la extensión de la sanción, salvo cuando se trate de hechos con una elevada lesividad social, el delito se cometa contra la seguridad del Estado o integre actos de terrorismo, se empleen en la comisión medios o formas que denoten desprecio por la vida humana o notorio irrespeto de los derechos de los demás o resulte una persona reiterativa en la comisión de hechos delictivos.

Llama la atención el hecho de que no hay coincidencia entre el primer presupuesto normativo contemplado por el Derecho penal sustantivo (Artículo 18.2), relativo a «bienes jurídicos con especial connotación» y el que prevé el Derecho procesal penal (Artículo 17.5), consistente en «alta lesividad social», los que, además, resultan sumamente imprecisos.

El legislador previó desde el Derecho penal sustantivo un campo de posible exclusión de persecución para menores de 18 años, que ya había sido reducido desde el propio sistema legal mediante la LPRP. Lo anterior pone de relieve la necesidad de complementar este aspecto mediante la interpretación judicial, o de perfeccionar la legislación penal;

aunque habría sido conveniente prever las excepciones a la punibilidad para estos sujetos, solo desde el Derecho penal de fondo, ya que esta duplicidad de excepciones puede incidir en la interpretación y aplicación ulterior de la norma de manera restrictiva, abriéndose un sesgo a la seguridad jurídica en perjuicio de sus destinatarios.

Por otra parte, el Artículo 73 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2581], que regula la adecuación de la sanción a las personas menores de 18 años de edad, prevé la posibilidad de aplicar preferentemente sanciones alternativas, limitativas de sus dinámicas de vida y formativas, mediante vías de capacitación y control, todo lo cual resulta coherente con una concepción diferenciada, al proyectar la reacción social ante conductas delictivas cometidas por personas que se encuentren en este rango de edades, pero no se menciona el empleo de FDJ para la solución del conflicto, cuando debería ser el sector poblacional más beneficiado por este tipo de alternativas al sistema judicial.

La propia LPRP —Artículo 18.1 [GOR-O (140), 2021, p. 4098]— expresa que el fiscal, para prescindir de la presentación de las actuaciones al tribunal y abstenerse de ejercitar la acción penal, debe tener presentes los presupuestos siguientes, según el caso:

> a) Que el imputado muestre conformidad;
>
> b) escuchar el parecer de la víctima o el perjudicado;
>
> c) que el imputado haya resarcido el daño o perjuicio ocasionado a la víctima o el perjudicado, que estos últimos acuerden la forma y momento del resarcimiento o desistan de él.

Seguidamente, los apartados dos, tres y cuatro del precepto indican que:

> 2) Si la víctima o el perjudicado no consiente la decisión del fiscal, puede ejercitar la acción penal ante el tribunal, representada por un defensor, en el plazo de diez días.
>
> 3) La conciliación o el acuerdo a que se refiere el apartado 1 de este artículo puede gestionarse por la autoridad actuante, con la participación voluntaria del imputado, la víctima o el perjudicado y los defensores designados en su caso, mediante un proceso de diálogo y comunicación, con el propósito de conseguir el resarcimiento y la solución del conflicto desde una perspectiva justa para los intereses de las partes.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

4) De los actos conciliatorios que se realicen se redacta acta, que firman los intervinientes y en la que se consignan los particulares del acuerdo o resultado alcanzado.

Si la conciliación es una alternativa nacida del sistema judicial, en virtud del criterio de oportunidad, debería instituirse la figura de un juez de instancia o de paz, que asuma esta función, toda vez que cuando la ley refiere que debe asumirla la autoridad actuante, puede ser el instructor policial, el fiscal o el juez; sin embargo, estas prácticas requieren de capacidades y habilidades adquiridas para conducir adecuadamente dicha FDJ.

En el Artículo 19.4 [GOR-O (140), 2021, p. 4098] queda claro un principio que rige el empleo de las FDJ, consistente en el hecho de que, al decidirse las partes por esta vía para la resolución de su conflicto, el sujeto imputado debe reconocer su culpabilidad en los hechos antes de proceder a las sesiones de negociación; no obstante, si no se lograran acuerdos y el asunto retorna a sede judicial, no podrá emplearse en su contra la declaración de culpabilidad, o cualquier otra evidencia que haya formado parte de estas negociaciones por vías divergentes.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 17.2, se produce un renvío a los artículos 407-410 [GOR-O (140), 2021, pp. 4097, 4169-4170], preceptos en los que el legislador contempla la aplicación de una multa penal administrativa, pero en tal caso también sería conveniente el complemento de la interpretación judicial, toda vez que el operador del sistema puede emplear esta vía por resultar más expedita, en detrimento de las FDJ, cuando estas resultarían, sin embargo, adecuadas para la resolución del conflicto, ya que tienen finalidades dialógicas, restaurativas y tendentes a una cultura de paz; *contrario sensu,* la multa penal administrativa solo persigue una afectación pecuniaria al imputado como sanción y el cumplimiento de las obligaciones civiles derivadas del delito.

Resulta trascendente en estos casos tener en cuenta lo dispuesto en el citado Decreto-Ley No. 69 [GOR-O (19), 2023, pp. 281-293], puesto que su Artículo 6 f) considera asuntos no mediables los casos en que se advierta discriminación y violencia en cualquiera de sus manifestaciones y en los que existan desequilibrios entre las partes que afecten la comunicación, la voluntariedad y el cumplimiento efectivo de los posibles acuerdos, aunque las pretensiones tengan naturaleza disponible. Por

tanto, la multa penal administrativa en estos casos sería una vía expedita *per se*, al amparo del criterio de oportunidad, siempre que proceda.

En el caso de los menores de 18 años de edad, aunque no están excluidos de la aplicación de esta variante, tal salida resulta inviable en la práctica porque la mayoría de estas personas carecen de vínculo laboral y las multas previstas son muy elevadas.

Aunque la mediación penal sea expedita, tanto por el Derecho penal sustantivo como por el procesal y esté regulada mediante el Decreto-Ley No. 69 [GOR-O (19), 2023, pp. 281-293], aún carece de implementación práctica, pues no se han creado las condiciones para que estos servicios puedan garantizarse de modo efectivo y satisfactorio a las partes implicadas.

La creación de infraestructuras para la implementación y aplicación de la mediación es imprescindible, para lo cual se requiere, en primer lugar, de la existencia de un centro rector que organice, dirija, asesore y controle estas prácticas; y que, además, garantice la formación de los recursos humanos que han de participar en ellas. Uno de los países paradigmáticos en la organización de esta materia es Noruega, donde el Centro Nacional de Mediación se encarga de las aludidas funciones para viabilizar dichos servicios en todo el país.

La inversión que se requiere para estos fines en cualquier contexto se amortiza en poco tiempo, solo en términos de reducción de la demanda de movilidad de la costosa función judicial, sin entrar en otras consideraciones relacionadas con la preservación del tejido social y el desarrollo de una cultura de diálogo, comunicación y respeto al prójimo.

V. LA MEDIACIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DE PENAS

Desde un enfoque restaurativo maximalista de la justicia, la mediación en algunos contextos (como en Noruega) se extiende hasta la etapa de ejecución de las penas, donde pueden rehabilitarse las relaciones interpersonales quebradas; el victimario puede mostrar arrepentimiento ante su víctima, excusarse, mostrar vergüenza y reflexionar sobre su comportamiento; al propio tiempo que la víctima puede decirle al victimario lo que piensa e intentar sanar de miedos, desequilibrios emocionales o afectaciones psíquicas.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

El desconocimiento general por parte de la población cubana sobre la existencia de la mediación, como mecanismo alternativo para autogestionar la solución de sus conflictos, y de las prerrogativas que abre la JR, limitan las potencialidades de aquella, por lo que la variante que se analiza quedaría supeditada al desarrollo ulterior de su implementación y aplicación, primero, como FDJ en el país, pues como parte de la reforma penal cubana, también se aprobó la LEP [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738], en la que se insertan los fundamentos para extender la mediación hasta la etapa de ejecución de las penas.

En el primer *Por cuanto* de esta ley se expresa:

> La Constitución de la República de Cuba establece en sus artículos 60, 94, 95 y 151, que el Estado favorece en su política penitenciaria la reinserción social de las personas privadas de libertad, garantiza el respeto de sus derechos y el cumplimiento de las normas establecidas para su tratamiento en los establecimientos penitenciarios, y se ocupa de la atención y reinserción social de las personas que extinguen sanciones penales no detentivas o cumplen otros tipos de medidas impuestas por los tribunales. (p. 2697)

Para concretar el mandato constitucional y los fines de esta ley, se plantea en el Artículo 6, que:

> 1. Los órganos y entidades del Estado, las organizaciones sociales y de masas, las formas asociativas no estatales y los ciudadanos están obligados a cumplir y hacer cumplir, en lo que les corresponda, las disposiciones de los fallos y demás resoluciones firmes dictadas por los tribunales dentro de los límites de su competencia; además, participan y aseguran el proceso educativo y de reinserción social de los sancionados y asegurados.
>
> 2. Los órganos encargados de la prevención, asistencia y trabajo social intervienen en el proceso de ejecución de las sanciones y medidas de seguridad posdelictivas, así como en la reinserción social de los sancionados y asegurados, mediante acciones dirigidas a procurar la vinculación al trabajo o estudio del sancionado o asegurado, modificar su comportamiento en la sociedad e influir positivamente en su entorno familiar, laboral o estudiantil, según el caso. (pp. 2699-2700)

Es a partir de estos presupuestos que resulta procedente hablar de la posibilidad de solventar el conflicto emocional, muchas veces subsistente, a pesar de la resolución legal del conflicto, pues el daño psicológico, afectivo o moral, infelizmente, no se resuelve con la firmeza de la sentencia.

Cuando en materia de JR se hace referencia a la reparación del daño a las V-P, no se trata solo de la reparación física, material o moral del daño ocasionado, sino también de pérdidas afectivas, trastornos del sueño, los sentimientos ambivalentes que afloran a causa de la experiencia sufrida; lo que se pretende es ayudar a las V-P a sanar de esas vivencias para que puedan continuar con sus vidas. Los programas de JR en la fase ejecutiva se implementan también en función de ayudar a determinados testigos que requieren de sanación, debido a las vivencias sufridas por el injusto penal, aunque este haya sido resuelto por otra vía.

VI. EL ENFOQUE RESTAURATIVO DE LA JUSTICIA

Según Howard (2007) las diferencias más importantes entre la justicia represiva y la restaurativa son las siguientes:

> La aplicación de la [JR] parte de la previsión legal para identificar su ámbito de competencia, pero no considera el delito como la simple violación de la norma penal, sino como una grave afectación de las relaciones interpersonales y sociales. Las prácticas restaurativas se llevan a efecto entre personas naturales y solo pueden realizarse cuando los sujetos en conflicto conocen los presupuestos de esta modalidad que seleccionan y la aceptan voluntariamente para encontrar una solución justa. Resulta necesario que el victimario reconozca su culpabilidad antes de iniciar la vía de la [JR], de hecho, constituye una oportunidad para transformar la culpa en vergüenza y ganar empatía consigo mismo, la restauración del daño y el propósito de enmendar la conducta. Aunque la principal pretensión de las prácticas restaurativas se dirige hacia la reparación del daño ocasionado a las víctimas, no han de perderse de vista las necesidades del victimario. Por tanto, la [JR] se distancia de la justicia retributiva, cuyo principal fin es un castigo proporcional al daño ocasionado.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> A diferencia de lo que ocurre en la justicia tradicional, en la cual el eje del debate se centra en la relación 'Estado-sociedad-delincuente', en la [JR] el objetivo central de sus prácticas se enfoca hacia la serie 'víctima-ofensor-comunidad'. La resolución del conflicto en el seno de la comunidad a la que pertenecen los sujetos involucrados posibilita un ambiente natural, donde estos se sienten cómodos para expresar sus puntos de vista y donde son conocidos por el resto de los participantes, de manera que difícilmente los hechos pueden tergiversarse. El conocimiento de los factores que condicionaron el conflicto del cual conoce la comunidad, le permite a los actores y líderes comunitarios realizar acciones para prevenir sucesos similares en lo adelante. La [JR] utiliza como técnicas el diálogo y la comunicación entre los participantes, tomando en cuenta las diferencias culturales y las normas que precautelan los derechos de las partes; en cambio, la justicia retributiva, se implementa mediante técnicas formales e instrumentos legales que le otorgan rigidez a las relaciones entre los sujetos durante el proceso penal. La [JR] prefiere procesos incluyentes y colaborativos; y en lo posible, acuerdos consensuados en lugar de resoluciones impuestas. (p. 16)

Existen posturas que limitan el alcance de la JR a las FDJ, pero en realidad esta va mucho más allá, porque no implica solo prácticas divergentes, sino una nueva concepción que le permite involucrarse con la justicia tradicional y desde su entramado normativo proyectar sus valores, principios y fines, aunque para ello, el legislador ha de crear la cobertura que permita a los operadores del sistema hacer uso de esta modalidad para determinados conflictos. Sin embargo, para pensar conforme a la concepción a que inspira la JR, también los operadores del sistema han de estar preparados para decidir cuál sería la respuesta adecuada ante el hecho.

La JR ha dado lugar a una gran diversidad de modelos de implementación y de objetivos en los lugares donde se aplica, lo que se debe al sustrato sociocultural que le otorga su impronta. Estos modelos se organizan mediante programas para su implementación y aplicación; los de mayor difusión son los círculos, las conferencias y la mediación, aunque cada uno de ellos, a su vez, posee otras subclasificaciones.

Llama la atención el modelo de círculos de mediación, en cuyo proceso participan actores comunitarios, funcionarios, profesionales, familiares

y todos aquellos que, a juicio de las instancias responsables, puedan ayudar a solucionar el conflicto de la mejor manera.

También en el caso de las conferencias, se incluyen todas las personas que pueden tener interés en el conflicto, dígase familia, actores comunitarios, representantes legales de los sujetos en conflictos; su organización varía en dependencia de quien es el facilitador, o quien negocia los resultados, o aprueba los acuerdos.

Ante la ausencia de uniformidad existente durante la implementación práctica de la JR en los distintos contextos, la ONU hizo un llamado a los Estados parte para acoger la propuesta de un grupo de principios que ayudarían a conducir el desarrollo progresivo, equilibrado y análogo de esta, los que aparecen contenidos en la Resolución No. 2002/12, de ECOSOC (Montero, 2014, pp. 25-31).

No obstante, la concepción restaurativa responde a un grupo de principios y valores que soportan sus prácticas: legalidad, libertad, justicia, democracia, tolerancia, armonía, solidaridad, cooperación, pluralismo, diversidad cultural, diálogo, comunicación, inclusión social y pacificación.

La mediación surge inicialmente como una FDJ, dirigida a negociar la solución de un conflicto penal entre las partes interesadas con la ayuda de un facilitador, pero ha derivado hacia otras fórmulas, donde se involucran distintas personas y roles que pretenden la satisfacción de la víctima, la restitución del daño, la atención a la persona del infractor y la preservación de las redes sociales; desde esta perspectiva las variantes más difundidas son:

— *Mediación restaurativa*. Supone la presencia de una persona capacitada para desempeñar el rol de mediador, quien trata de poner en relación a los sujetos en conflicto, para lograr los fines de la JR.

— *Mediación comunitaria*. Requiere la participación de los sujetos en conflicto y los representantes de la comunidad que tienen interés en ayudar a encontrar una solución viable y satisfactoria para todos.

El Programa de reconciliación entre víctimas y ofensores es otra variante, que se enfoca a la reparación del daño ocasionado, y la reconciliación entre los sujetos en conflicto (Gómez, 2019, s.p.).

Al examinar el Derecho comparado, se constata que las FDJ han sido organizadas y reguladas en cada contexto de modo diferente, en atención a factores socio-culturales y estrategias político-criminales diversas;

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

por ejemplo, en Noruega, una vez que se ha cometido un delito, los servicios de mediación constituyen un mecanismo habilitado para ser utilizado antes de iniciarse el procedimiento o, luego de ello, en cualquier etapa del proceso; según la competencia establecida, puede mediarse en hechos de escasa relevancia, antes de abrir la investigación e instruir el proceso; también durante el proceso, a propuesta del fiscal, por decisión propia, a solicitud de las partes o a propuesta del juez, e incluso, después de dictado el fallo, los servicios de mediación pueden propiciarla entre el sancionado y su víctima, o los familiares de esta.

Sin embargo, en atención al hecho de que ya Cuba cuenta con una Ley de mediación, este es el modelo que ha de rendir para resolver los conflictos en las materias que resultan disponibles, a partir de esta alternativa al sistema judicial.

Justicia restaurativa y justicia juvenil

Es incuestionable que la CDN (OACNU, 2014, pp. 119-146) representó un instrumento vinculante para los Estados parte, conminados a garantizar la tutela legal efectiva e igualitaria de los derechos humanos de estos grupos de edades (entre los que se incluyen los derechos y garantías del debido proceso) así como otros derechos especiales; sin embargo, no se hace alusión a prácticas restaurativas para la resolución de los conflictos penales donde estos intervengan, por lo que, de cierta manera, se reafirma el empleo de la justicia convencional para la resolución de conflictos de naturaleza penal en los que participen NNA menores de 18 años.

No obstante, otros instrumentos internacionales, que no son vinculantes, sí expresan la utilidad de insertar prácticas alternativas a la justicia convencional para la resolución de conflictos donde intervengan niños, adolescentes y jóvenes, los que han servido de referencias para fundamentar su empleo. Tal es el caso de las Reglas mínimas de la ONU para la administración de la justicia de adolescentes (Reglas de Beijing), las Reglas de la ONU para la protección de los adolescentes privados de libertad (Reglas de La Habana), las Reglas mínimas de la ONU sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) y las Directrices de la ONU para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).

Posteriormente, fueron aprobados nuevos instrumentos internacionales que, igualmente, son referentes para el tema, tales como: Principios

básicos para el uso del programa de JR en materia penal, de ECOSOC (2002); Declaración de Costa Rica sobre la JR en América Latina (2005); Manual sobre programas de JR, de la Oficina de la ONU contra las Drogas y el Delito (2006); Declaración de Lima, derivada del I Congreso de Justicia Juvenil Restaurativa (2009); y Declaración iberoamericana sobre justicia juvenil restaurativa de la Conferencia de los ministros de Justicia de la región (2016).

Los programas de justicia juvenil restaurativa vienen aplicándose, desde la década de los ochenta del pasado siglo, en Nueva Zelanda y Bélgica, aunque luego se generalizaron sus prácticas por muchos países europeos y Norteamérica; en América Latina, Argentina fue uno de los primeros países en desarrollar programas restaurativos para jóvenes, desde 1999, y también Brasil (2005). En general, los países latinoamericanos utilizan la mediación para resolver conflictos juveniles o familiares, pero no a partir de los presupuestos de la JR, sino como una FDJ, bajo criterios de oportunidad o como soluciones alternativas al conflicto; sin embargo, es más frecuente el uso de prácticas restaurativas en materia de justicia juvenil, por medio de la justicia comunitaria, en los pueblos originarios del continente, haciendo uso del Derecho consuetudinario.

La ONU ha definido la JR como «una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad de cada persona, que construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, los infractores y la comunidad» (Manual sobre programas de justicia restaurativa, s.f., s.p.).

La literatura especializada que se ha ocupado de definir la JR juvenil, desde un sentido amplio, la ha caracterizado como una tercera vía ante la justicia retributiva y el colapso del modelo de rehabilitación (Walgrave, 2013, s.p.; Peters, Aertsen, Lauwaert y Robert, 2003, s.p.; Van Ness y Strong, 2015, s.p.; Vanfraechem, Aertsen y Willemsens, 2010, s.p.; Aertser, Parmentier, Vanfraechem, Walgrave y Zinsstag, 2013, s.p.; y Marshall, 1999, s.p., entre otros) citados por Medan (2016, s.p.).

Abundando sobre las tendencias de la JR, la definición *pura* o *autónoma* que la considera fuera del ámbito judicial, como la apropiación del conflicto por la víctima y el victimario, suma a todas las personas que puedan ayudar a resolverlo, centrándose en el problema, los intereses y las necesidades u obligaciones derivadas del daño, para enmendarlos de forma colectiva de la mejor manera (Nils y Howard, s.f., s.p.), en tanto que la definición *maximalista* (Walgrave, s.f., s.p.) centra su enfoque

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

en los objetivos de la JR, para extenderla a todas las formas de hacer justicia que propendan a la reparación, sin necesidad de hacer que la víctima y el victimario se apropien del conflicto, cuya denominación se conoce como *enfoque restaurativo* y ha sido entronizada especialmente en materia de justicia juvenil (Brun, 2016, s.p.).

Si bien los mecanismos de JR en el sentido maximalista constituyen un mal menor, en comparación con un enfoque únicamente basado en el castigo, puesto que le dan al autor la oportunidad de reparar sus actos, también presentan el riesgo de excluir a la víctima del proceso de negociación y, por lo tanto, hacer que el autor pierda la oportunidad de aprender de la confrontación. Así, el espíritu de la JR se pierde cuando el sistema de justicia penal vuelve a centrarse sobre la violación de un supuesto legal más que sobre la motivación del autor y el sufrimiento de la víctima por los daños recibidos (Brun, 2016, p. 16), por lo que el enfoque restaurativo maximalista, desde el sistema penal, ha de centrarse ante todo en la confrontación y la reparación que alcance a la víctima y al victimario.

Otra cuestión imbricada con el tema, que requiere una toma de postura para elaborar cualquier propuesta, es la definición de *delincuencia juvenil*, debido a la diversidad de consideraciones teóricas existentes, a partir de una amplia variedad de los límites legales establecidos en los distintos contextos para ser sujeto de Derecho penal, pues aunque la CDN (OACNU, 2014, pp. 119-146) extiende su marco de protección legal a las personas menores de 18 años de edad, reconoce el derecho de los Estados para adecuar este límite.

En Cuba, el Estado ha auspiciado la vinculación progresiva de los adolescentes de forma activa y responsable en distintas tareas de la realidad nacional desde edades tempranas, en dependencia de parámetros evaluativos y tendencias generacionales estandarizadas acerca del desarrollo evolutivo de las facultades de las personas, así como imágenes históricas, potenciadas por el nivel de escolarización general que se garantiza para lograr la formación ininterrumpida hasta la Enseñanza Media, cuestiones que resultan coherentes con la diversidad de límites de edades para otorgarles capacidad legal, desde las distintas ramas del ordenamiento jurídico, a partir de los 16 y hasta los 18 años cumplidos: en el caso del Derecho penal y del político, se alcanza a los 16 años; en el laboral, a los 17; y tanto en el Derecho civil como en el militar, se prevé a los 18.

Es precisamente a partir del esquema de la ONU, que vincula a los Estados parte en materia de protección a la niñez y adolescencia, mediante el texto de la CDN (OACNU, 2014, pp. 119-146), donde se extiende la protección legal en materia de justicia a las personas menores de 18 años; sin embargo, el legislador cubano, en atención a lo expuesto en el párrafo anterior, consideró procedente establecer la edad penal a partir de los 16 años, por lo que la operatividad del término en este contexto requiere de precisiones criminológicas.

Existe consenso al definir la delincuencia juvenil como el fenómeno delictivo cometido por personas que aún son consideradas jurídicamente y socio-culturalmente «jóvenes», pero tanto la norma como la cultura de los pueblos tienen como referentes la realidad social, desde donde el imaginario popular también cuenta; por tanto, a pesar de todo lo expuesto, el legislador cubano, cuando proyectó la reacción penal, hizo una connotada distinción hacia las personas mayores de 16 años de edad y menores de 20, en cuyo rango de edades se incluye el límite de 18 contemplado por la CDN (OACNU, 2014, pp. 119-146). Este criterio extensivo se fundamenta en las regulaciones sobre el tema contenidas en el Derecho penal sustantivo durante la reciente reforma, en la que se otorga un tratamiento diferenciado a este grupo de edades mediante reglas de adecuación que reconocen que estas personas aún se encuentran en una etapa de desarrollo de su personalidad, como se recoge en los preceptos siguientes:

— Artículo18.2: Contempla la posibilidad de no exigir responsabilidad ante determinados hechos y circunstancias a las personas mayores de 16 años y menores de 18.

— Artículo 18.3: En el caso de personas con 16 años de edad cumplidos y menos de 18, si resultan sancionadas, los límites de las sanciones pueden reducirse hasta la mitad. Y en el caso de las comprendidas entre 18 y menos de 20, los límites de las sanciones pueden reducirse hasta un tercio.

— Artículo 33.2: La sanción de muerte no se impone a las personas menores de 20 años de edad.

— Artículo 34.3: La sanción de privación perpetua de libertad no se aplica a las personas menores de 20 años de edad.

Los últimos descubrimientos en materia de neurociencia han arrojado luz sobre la cuestión relativa a la madurez mental del ser huma-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

no, demostrando que el cerebro de un joven puede ser considerado como «en proceso de desarrollo», en comparación con el de un adulto, y que la maduración de este joven cerebro implica reajustes y mejoras permanentes de las estructuras implicadas en los procesos cognitivos, sociales y emocionales, en particular de la corteza prefrontal (Walsh, 2011, s.p.).

Estos son resultados científicos que en modo alguno deben asociarse a criterios positivistas y deterministas acerca de la delincuencia juvenil, cuyo análisis no ha de ignorar la inmadurez que muestran estos grupos de edades en proceso de crecimiento y desarrollo como seres humanos, en el que inciden factores biológicos, psicológicos y sociales, por lo que cualquier reacción ha de abarcar además un proceso de educación y socialización que repercuta en la subjetividad de ellos hacia el futuro.

En el sistema legal cubano los menores de 16 años no son sujetos de Derecho penal y reciben una atención institucional adscrita al modelo educativo y tutelar, que infelizmente no contempla mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Por las razones expuestas, resulta conveniente ir caso a caso con los jóvenes y, en la medida de lo posible, aplicar sanciones socio-educativas, así como prácticas restaurativas que permitan reparar el daño no solo a la víctima, sino también al victimario, con la pretensión de lograr su reintegración social para restaurar el tejido social y evitar la reincidencia.

Cuando se habla de JR pura, se trata de la implementación de programas paralelos al sistema judicial concebidos como un cambio de paradigma de la reacción social, porque abren paso a una nueva forma de administrar justicia, distanciada del modelo represivo y retributivo, de los esquemas reactivos tradicionales desarrollados por el Estado para ejercer su función de garante.

No obstante, dichos programas no deben constituir una respuesta al delito, desvinculada del sistema legal, sino mantener una relación permanente con este durante su implementación, porque tales prácticas no son de aplicación a todo tipo de injustos, autores o víctimas, ya que el delito siempre tiene un lado público; por tanto el Estado, a través de los órganos del sistema judicial, deberá decidir en virtud de los principios que legitiman su intervención, cuál es la vía que debe utilizarse en cada caso.

VII. CONCLUSIONES

Como parte de la reforma penal cubana, el legislador ha reconocido la posibilidad de resolver conflictos de naturaleza penal a través de la mediación; sin embargo, la complementación del Decreto-Ley No. 69, de 2023, sobre la mediación de conflictos [GOR-O (19), 2023 pp. 281-293] es un presupuesto imprescindible, para articular sus preceptos con el Derecho sustantivo y procesal, para lo cual, en el criterio de la autora, se requiere lo siguiente:

- Crear un centro rector que se encargue de organizar, dirigir, asesorar y controlar las prácticas de mediación, con estructura nacional y provincial.
- Aprobar una plantilla de mediadores con formación profesional como juristas habilitados para estas funciones.
- Habilitar profesionales de las áreas de psicología, psiquiatría, sociología, pedagogía y neurociencias, de manera que puedan colaborar a la consecución de los fines de estos procesos durante la negociación.
- Incluir contenidos sobre JR en la labor formativa del personal para ser aplicados durante los procesos de negociación.
- Crear redes de auxilio a las víctimas, con la finalidad de facilitar su acceso a la justicia tradicional y a la alternativa, de modo que reciban asesoramiento para negociar sus conflictos.
- En el caso de los actos conciliatorios, que equivalen a lo que la literatura sobre el tema identifica como *conciliación*, debiera designarse un juez de instancia o de paz para colaborar en la negociación de los asuntos.
- Organizar la mediación con un enfoque restaurativo maximalista en los casos en que aparezcan involucradas personas mayores de 16 años y menores de 20, cuando resulte posible la solución de conflictos por esta vía.
- En tanto se modifique el Decreto-Ley No. 64, de 1982 [GOR-EE (10), pp. 31-36], para la atención a menores en conflicto con la ley penal, pudiera implementarse un Programa de mediación, basado en la JR pura que contribuya a resolver el conflicto de la mejor manera, buscando beneficios para la víctima y el victimario.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

• Hasta tanto se logre la articulación dentro del sistema legal de las disposiciones recogidas en el Decreto-Ley No. 69 [GOR-O (19), 2023, pp. 281-293], se requiere de interpretación judicial y directivas político-penales para la aplicación práctica de su normativa.

• Resulta necesaria la capacitación de los operadores del sistema judicial en torno a la mediación, como FDJ y los valores de la concepción restaurativa de la justicia.

• Se requiere de la colaboración de los medios masivos de comunicación para la divulgación de las ventajas que ofrecen la justicia alternativa y las prácticas restaurativas, a fin de cultivar a la población cubana sobre el tema.

• La extensión de prácticas de mediación a conflictos subyacentes entre las partes, durante la ejecución de las sanciones, aun después de resuelto el conflicto en sede penal, contribuiría a extender los beneficios de la JR a personas que lo necesitan.

VIII. REFERENCIAS

Brun, C. (Octubre 21, 2016). El enfoque restaurativo en la justicia juvenil. En Crégut, F. Terre des hommes. *Aide à L' Enfance*, 3.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Convención internacional sobre los derechos del niño. En Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos, 119-146*

Decreto-Ley No. 69, Sobre la mediación de conflictos. (Febrero 22, 2023). GOR-O (19), 281-293.

ECOSOC, ONU. (s.f.). Resolución No. 1999/26.

Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión.* Garzón del Camino, A. (Trad.). Siglo XXI.

Gómez Pérez, A. (2019). *La justicia restaurativa. Temas criminológicos contemporáneos.* Félix Varela.

Howard, Z. (2007). *El pequeño libro de la justicia restaurativa.* www.GoodBooks.com

Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.

Ley No 152, De ejecución penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (94), 2697-2738.

Medan, M. C. (1.er semestre, 2016). Justicia restaurativa y mediación penal con jóvenes: una experiencia en San Martín, Buenos Aires. *Delito y Sociedad,* (41), 3.

Montero, T. (Comp.). (2014). *Justicia restaurativa: Instrumentos internacionales. Colección de textos internacionales.* http://www.paip.es

UNODC. (2006). *Manual sobre programas de justicia restaurativa. Serie de manuales sobre justicia penal.* s.e.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

COMENTARIO
Recibido: Julio 7, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

LA SANCIÓN PECUNIARIA POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ECONÓMICO-CONTRACTUAL

THE PECUNIARY SANCTION FOR NON-FULFILMENT OF AN ECONOMIC CONTRACTUAL OBLIGATION

Esp. Alina Antúnez Rodríguez

Jueza profesional titular,[1]
Tribunal Provincial Popular de Granma, Cuba

Código ORCID: 0009-0001-1502-7981

aantunez@tsp.gob.cu

Resumen

El Decreto-Ley No. 304, De la contratación económica, regula aspectos medulares relativos a este mecanismo de concertación y le confiere protagonismo a las partes en la solución de los conflictos que se producen por su violación. Esta legislación, contradictoriamente, establece la sanción pecuniaria por intereses moratorios (como forma de responsabilidad común), pero no la incluye por incumplimiento de las obligaciones, razón que impone el estudio de su ubicación legal, a los fines modificativos pertinentes. Tal tribulación legislativa trasciende al orden práctico, en el cual existen dificultades para que aquel surta los efectos jurídicos y coercitivos requeridos, pues no se pacta en el negocio jurídico, no se hace uso de la institución investigada durante la ejecución de aquel y no se solicita en las demandas, a pesar de su finalidad en pos de elevar la responsabilidad de los entes económicos.

Palabras clave: Sanción pecuniaria; responsabilidad económico-contractual; incumplimiento contractual; resarcimiento; contratación mercantil.

1 Sala de lo Civil, de lo Familiar, de lo Administrativo, de lo Mercantil, del Trabajo y de la Seguridad Social.

Abstract

Decree Law number 304 of 2012, On Economic Contracting, gives the parties a greater role in the resolution of their contractual conflicts; regulates the financial penalty for late payment or total or partial non-compliance with a contract obligation, as a way of guaranteeing its compliance; economic legal institution that is an expression of the principle of the supremacy of the autonomy of the will, since it is the parties that determine it and decide its quantification. The referred legislation establishes the pecuniary sanction for default interest, as a form of contractual responsibility, however, it does not include the pecuniary sanction for non-compliance with obligations, so its legal location requires being studied for the pertinent modifying purposes. This legislative tribulation transcends to the practical order, where there are problems that prevent the required legal, coercive and compensation effects from taking place, since there is no agreement in the legal transaction, no use is made of the investigated institution during the execution of the contracts and no is requested in the lawsuits, despite its coercive purpose to increase the responsibility of economic entities.

Keywords: *Financial penalty; financial contractual liability; breach of contract; damages; commercial contracts.*

Sumario

I. Introducción; II. Responsabilidad económico-contractual: aspectos teóricos; 2.1. Hacia la determinación de un concepto 2.2. Responsabilidad jurídica por actos civiles; III. La sanción pecuniaria por incumplimiento de obligaciones contractuales; 3.1. Principio de autonomía de la voluntad; 3.2. La sanción pecuniaria como penalidad; 3.3. La responsabilidad contractual y la sanción pecuniaria; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Los agentes económicos, en sus relaciones contractuales, ejecutan acciones u omisiones antijurídicas de las que se pueden derivar daños o perjuicios como consecuencia de incumplimientos de las estipulaciones pactadas y, en ocasiones, por circunstancias involuntarias e imprevisibles,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

determinadas por actos de gobierno o por la naturaleza. De esos actos de las partes que son definidos como ilícitos se deriva la responsabilidad económico-contractual, que obliga a resarcir al perjudicado por el daño o perjuicio ocasionado y a pagar una sanción pecuniaria, si se ha pactado en el negocio jurídico.

Conforme con su regulación actual, resulta necesario que dicha penalidad sea acordada por las partes para que el tribunal que dirime un litigio pueda exigir su cumplimiento, o sea al órgano judicial solo le es posible aplicarla cuando las partes la introducen en el proceso y si está prevista en el contrato suscrito, a diferencia del Decreto-Ley No. 15, Normas básicas para los contratos económicos [GOR-O (21), 1978, pp. 264-267] que permitía al órgano de arbitraje y, luego a los órganos judiciales, disponerla por incumplimientos demostrados, aunque no constituyera la pretensión de la demanda.

No obstante, a pesar de las condiciones especialmente complejas de la economía cubana, la configuración actual de un nuevo modelo económico, la vigencia de la norma de la contratación económica y el papel que desempeñan los contratos económicos, aún subsisten deficiencias en su concertación, respecto a la regulación de la citada penalidad, y se aprecia poco uso de esta por los sujetos de Derecho económico ante los incumplimientos, deficiencias que no solo afectan a la entidad o persona natural involucrada en esa relación contractual, sino también al órgano juzgador, a los fines de lograr su efectiva aplicabilidad.

La sanción pecuniaria tiene una doble dimensión, que la convierte en un tema polémico; doctrinalmente y en la legislación actual, tiene función penalizadora y compensatoria, a partir de la voluntad de las partes contratantes; en tal sentido, se encuentra en discusión si puede insertarse dentro del régimen de la responsabilidad económico-contractual, o no.

Tal polémica trae consigo dificultades en el orden legislativo y en el práctico, originado por la ubicación de la sanción pecuniaria solo como penalidad y no dentro de las formas de responsabilidad contractual exigibles, creando con ello confusión entre los sujetos de derecho económico, pues, dado su actuar en vía judicial, la interpretan de manera diferente o errónea y, consecuentemente, deja de cumplir la eficacia que tiene dicha institución, la cual estipula una forma de ser compensada, cuando por diferentes circunstancias no resulta procedente el resarcimiento.

La tribulación legislativa referida se extiende al campo práctico, lo que lleva a plantear como problema científico ¿cuáles dificultades existen

en el ámbito legislativo en cuanto a la sanción pecuniaria que generan problemas en su aplicación?

Para dar respuesta a este interrogante, se trazan los siguientes objetivos:

— Sobre la base de un análisis teórico y doctrinal, valorar la sanción pecuniaria, a los efectos de determinar sus dificultades en el plano legislativo y en su aplicación práctica, que puedan servir de referencia para futuras investigaciones que realicen propuestas de modificaciones necesarias en esta institución, a los fines de su perfeccionamiento.

— Valorar si la sanción pecuniaria por incumplimiento total o parcial de una obligación contractual puede incluirse en las formas de responsabilidad.

Para el logro de los objetivos, se utilizaron tres métodos de investigación: teórico-jurídico, histórico-jurídico y exegético-analítico.

El tema investigado es polémico y actual; se trata de un problema no resuelto, ni en la legislación cubana ni en la práctica jurídica.

En consecuencia, es de utilidad este asunto en el sentido de profundizar en los criterios doctrinales que lo sustentan, para hacer un mayor uso de la sanción pecuniaria por incumplimiento de obligación contractual por los operadores jurídicos.

II. RESPONSABILIDAD ECONÓMICO-CONTRACTUAL: ASPECTOS TEÓRICOS

2.1. Hacia la determinación de un concepto

Compartiendo el criterio de que la teoría general de las obligaciones comporta una lógica, una estructura funcional y gnoseológica que está en la base de eso que llamamos mentalidad jurídica —además de que las obligaciones y sus regulaciones no se limitan a un espacio determinado de ciertas relaciones sociales o jurídicas, sino que las alcanzan a todas, como un sustrato que existe en el fondo del tejido social y, por ello mismo, en el de sus regulaciones jurídicas; como el complemento de todas ellas, su cimiento y su fundamento funcional y lógico, según el criterio de Fernández (Ojeda y Delgado, 2003, p. 16), a los fines de arribar a un concepto de responsabilidad, a partir del análisis efectuado

ISSN EDICIÓN IMPRESA: 1810-0171
RNPS: 0504

sobre las relaciones del Derecho de obligaciones con las demás ramas del ordenamiento jurídico—, se ha llegado a establecer la significación que tiene el conocimiento de este para la formación y el desempeño del jurista, pues tal teoría en la ciencia del Derecho se corresponde con la del valor en la Economía Política: el problema central al que se vuelve por todas las laderas de las discusiones, tal como comenta Díaz (Ojeda y Delgado, 2003, p. 10).

La voz *obligación* proviene de la palabra latina *obligatio* y esta, a su vez, de *obligare*, integrada por *ob* (alrededor) y *ligare* (ligar, atar), lo que significa, por tanto, «ligadura, sujeción», y por adecuación de la idea, «sujeción patrimonial». Debe distinguirse entre el simple deber social y el jurídico propiamente dicho, que se caracteriza por la obligatoriedad y la posibilidad de exigir su cumplimiento.

Si bien en períodos históricos anteriores, la deuda y la responsabilidad funcionaron separadamente (se podía deber y no ser responsable o ser responsable sin deber), en el Derecho moderno no ocurre lo mismo. Actualmente, esos dos elementos, en muchas legislaciones, se conjugan y se plasman en una sola unidad: un sector de la doctrina piensa en la hipótesis de que ambas son consideradas fenómenos independientes y autónomos, criterio con el cual no coincide la autora, pues entiende que estas son ingredientes institucionales de la obligación y no constituyen relaciones jurídicas autónomas y distintas. La responsabilidad solo encuentra su justificación a través de la idea previa del deber jurídico. Se es responsable porque se debe o se ha debido algo.

Por lo general, toda clase de obligación es responsabilidad, pues ambas están íntimamente ligadas, tanto que la segunda, como responsabilidad efectiva o pago de la deuda, no puede existir si de antemano no hay una obligación a la cual corresponda y cuya extensión o solución represente.

Sin embargo, casi siempre la responsabilidad se refiere a obligaciones originadas por conductas ilícitas, de igual modo que tampoco se habla de exigir o satisfacer responsabilidades concretas, sino cuando hay algún daño o agravio real, procedente de acción injusta.

Las acepciones de *responsabilidad* son las siguientes: cualidad de responsable, deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí a otra persona, a consecuencia de la culpa. En Derecho, es la capacidad existente en todo sujeto activo de Derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado.

A criterio de la autora, el concepto de *responsabilidad* se encuentra íntimamente vinculado con el de *obligación*: quien comete un hecho ilícito es jurídicamente responsable; de igual forma, el que viola una obligación, es responsable de su resultado.

El concepto de *responsabilidad* ha sido objeto de muchas controversias entre juristas; sin embargo, la noción no es exclusiva de este tipo de discurso jurídico; también se usa en el relativo a la moral y lo religioso, y en el lenguaje ordinario. Para determinar el significado de ese vocablo es necesario hacer alusión a aquellos usos del término que están de alguna manera presupuestos en su noción jurídica.

La voz *responsabilidad* proviene de *respondere* que significa, *inter alia*: prometer, merecer, pagar. Así, *responsalis* equivale a: el que responde (fiador); y, en un sentido más restringido, *responsum* (responsable): el obligado a responder de algo o alguien. *Respondere* se encuentra estrechamente relacionada con *spondere*, la expresión solemne en la forma de la *stipulatio*, por la cual alguien se obligaba en Roma, así como *sponsio*, designa la forma más antigua de obligación. El uso moderno de *responsabilidad* en el lenguaje ordinario es más amplio y, aunque relacionado con el significado originario de *respondere* y *spondere*, puede tener otro sentido y alcance.

Teniendo en cuenta los aspectos teóricos y doctrinales acerca de la responsabilidad, se puede conceptualizar como la obligación que adquiere una persona natural o jurídica cuando le causa un daño, afectación o perjuicio a otra, en aras de reparar, indemnizar e incluso pagar una penalidad por la acción ejecutada.

2.2. Responsabilidad jurídica por actos civiles

La responsabilidad jurídica consiste en el deber, legalmente establecido, de asumir las consecuencias que correspondan por la realización de un hecho antijurídico (contrario a Derecho). Por lo que, tomando en consideración el área o sector del ordenamiento que resulte vulnerado por el actuar de una persona natural o jurídica, existen distintos tipos de aquella, a saber: responsabilidad civil, laboral, administrativa, penal y económica.

La clasificación de los tipos de responsabilidad es una cuestión doctrinal para delimitar la presencia de un tipo u otro, sin utilizar términos al libre albedrío o indistintamente. Algunos tratadistas del Derecho, la clasifican de tipo moral, penal y civil.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

A diferencia de la responsabilidad moral, la jurídica no existe sin una acción, una abstención y un perjuicio.

El concepto jurídico de responsabilidad civil abarca diversos aspectos y comprende a diferentes personas. Dentro de esta hay dos situaciones que se regulan separadamente, la contractual y la extracontractual, las que serán objeto de un breve análisis.

El Derecho romano estableció el principio que se convirtiera en máxima del comportamiento social: *Alterum non laedere, honeert vivere, sucum cuique tribuere*.

El principio *alterum non laedere* es el de más clara significación judicial; si el fin del Derecho es hacer posible la pacífica convivencia de los hombres en sociedad, será necesario que ellos no se dañen unos a otros, pues de lo contrario no podrá mantenerse la paz.

Ese primer principio de convivencia humana enarbolado por los juristas romanos es, sin lugar a dudas, el punto común para la exigencia de responsabilidad civil, sea esta contractual o extracontractual, pues a esa norma de conducta responde la sanción jurídica, el autor del daño responde de él; por lo que se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios y daños causados.

El daño resulta ser el eje del sistema, por lo que algunos autores modernos propugnan una nueva denominación de la esfera jurídica tratada, llamándola *Derecho de daños*, para acentuar, más que la actuación del sujeto agente, el efecto lesivo del acto.

Del hecho dañoso surgía para la víctima una doble consecuencia: por un lado, una deuda de dinero; y, por la otra, una eventual responsabilidad personal, quedando con el derecho de optar entre ambas.

De este modo, resulta que poco a poco se fue entendiendo que el daño en principio nacía siempre de la obligación de reparar, esto es la obligación de cumplir con la deuda legal de la composición.

Como ya se ha planteado, la responsabilidad contractual presupone una relación prexistente entre el autor del daño y el perjudicado. La obligación convencionalmente establecida entre las partes no se cumple o se verifica deficientemente, sin satisfacer plenamente el interés del acreedor, y surge entonces la responsabilidad. En este caso, el deber de indemnizar se deriva de uno previo, el deber de cumplir con lo que ha sido infringido.

Por su parte, la responsabilidad extracontractual o aquiliana es resultado de un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, salvo el deber genérico, común a todos los hombres de no dañar a otro. Es decir, tal responsabilidad significa que se ha sacrificado una norma general de Derecho objetivo que obliga a todos, sin necesidad de que los particulares lo hayan convenido ni aceptado.

Tradicionalmente, se ha tratado de establecer una diferenciación entre una y otra clase de responsabilidad, si bien en la actualidad algún sector de la doctrina, en especial la francesa, ha planteado que tales diferencias son accesorias, no fundamentales, incluso inexistentes o, cuando más, basadas en condiciones históricas. A estos criterios se oponen los que siguen defendiendo la distinción total entre ambas responsabilidades y aquellos que matizan posiciones entre tales extremos.

Puede definirse la responsabilidad jurídica civil como la obligación de satisfacer por la pérdida o daño que se hubiese causado a otro, porque así lo exige la naturaleza de la convención originaria, se halle determinado por la ley, esté previsto en las estipulaciones del contrato, o se deduzca de los hechos acaecidos.

Para establecer tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, según la clasificación doctrinal que se ha seguido, existen dos criterios fundamentales, que se agrupan en las teorías espiritualistas o de la responsabilidad subjetiva y las del riesgo u objetiva, según se valore, o no, la culpa para exigirla; no obstante, independientemente de dichas clasificaciones doctrinales, todas ellas tienen como presupuesto común la producción de un daño que debe resarcirse.

Se estructura primero todo el sistema de la responsabilidad civil, sobre bases marcadamente individualistas, fundada esta en la idea clave de que la obligación de reparar surgía como consecuencia de que el hecho del hombre causante del daño era reprobable. Tal concepción estuvo luego marcada también por el influjo de los canonistas medievales y su noción de reparación frente al pecado cometido, procurando una moralización de los comportamientos individuales.

Así, el aforismo esencial del sistema de responsabilidad en el Derecho civil codificado era el de que no hay responsabilidad sin culpa. Se han propuesto diversas interpretaciones, desde la histórica, para la que *daños* son los causados en la propiedad, mientras que los *perjuicios* los reciben las personas; hasta la que asimila aquellos como el daño emer-

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

gente y estos como el lucro cesante; el primero hace referencia a la disminución patrimonial directa derivada de la actuación dañosa, es decir, es el efectivo daño sufrido e incluye también la previsión de efectos futuros de un daño presente, mientras que el segundo se refiere a la ganancia dejada de obtener por ella, la pérdida de algo que habría llegado a formar parte del patrimonio, si el evento dañoso no se produce.

Por medio de la jurisprudencia primero, y a través de la actividad legislativa después, desde finales del pasado siglo, se tiende a la llamada objetivización de la responsabilidad jurídica civil.

Actualmente, cobra mayor importancia la exigencia de dicha responsabilidad. Se hacen cada vez más abundantes y crecientes los procesos mediante los cuales se reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios, que incursionan, incluso, en campos hasta hace poco vedados a las reparaciones de tipo económico, como los atentados a algunos de los bienes o derechos de la personalidad. Doctrinal y prácticamente, se admiten incluso reclamaciones respecto a daños globales e indirectos, como las afectaciones al medio ambiente, por ejemplo, tomando en cuenta el creciente reconocimiento a derechos difusos y acciones colectivas.

En el Derecho civil, la indemnización puede responder a un doble origen, según se encuentren la víctima y el causante del daño vinculados con antelación por un contrato o no estén relacionados por ningún acuerdo. En el primer supuesto, la indemnización es la respuesta a la responsabilidad civil contractual. En el segundo caso, se trata de la extracontractual: las partes no se encontraban vinculadas por una relación contractual previa. Para que pueda haber indemnización debe existir relación de causalidad entre la acción o la omisión dañosa y el daño producido.

La noción del delito civil es amplia porque, para que lo haya, basta que se produzca un daño, de manera que sería absurdo hacer una enumeración de los delitos civiles; existen toda vez que una persona es dañada por causa de otra.

El surgimiento de la responsabilidad está vinculado con la aplicación de las consecuencias establecidas en las normas, las cuales tienen funciones preventivo-educativa, compensatoria, notificadora y represiva.

La responsabilidad económica contractual se puede conceptualizar como uno de los medios jurídicos económicos de dirección, que consiste en la aplicación de consecuencias relacionadas con la infracción de las obligaciones contractuales, en ocasión del desarrollo de la actividad productiva, comercial o de servicios.

III. LA SANCIÓN PECUNIARIA POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES

3.1. Principio de autonomía de la voluntad

A fines de los años sesenta y principios de los setenta del siglo pasado no se le concedía relevancia alguna a la contratación de la producción y los servicios. Las relaciones comerciales tenían lugar entre entidades estatales. A partir del XIII Congreso Obrero, se replanteó el uso de los contratos para regular las relaciones interempresariales.

Como resultado de ello, el Consejo de Estado adoptó el ya mencionado Decreto-Ley No. 15, en el que se regulaba la sanción pecuniaria, de la cual podían hacer uso las entidades contratantes en sus relaciones económicas; y los órganos de SAE, al resolver los litigios sometidos a su conocimiento, la aplicaban, aun cuando no formara parte de la pretensión.

Al producirse, en 1989, las transformaciones en los países de Europa del Este, se operaron cambios trascendentales en la economía cubana, que impidieron continuar con los trabajos de perfeccionamiento de las relaciones contractuales, por el grado de incertidumbre provocado por la reducción de las importaciones y las dificultades de la inserción en el mercado internacional.

Con la creación de las salas de lo económico en los TPP, a principio de los noventa, fue necesario que el CG-TSP acordara instrumentos jurídicos que permitieran judicializar el proceso en esta materia para su tramitación; no obstante, la legislación sustantiva aplicable para solucionar los asuntos sometidos a la jurisdicción judicial se mantenía inalterable; de ese modo, la institución jurídico-económica de la sanción pecuniaria se aplicaba por las salas, como alternativa de su función penalizadora, cuando se demostraba la existencia de incumplimientos contractuales y no resultaba procedente disponer el resarcimiento, aunque no se interesara en la pretensión.

El nuevo modelo económico cubano en restructuración se orienta a preservar el sistema de economía socialista, hacerle un mayor espacio a las relaciones monetario-mercantiles y la consolidación de otros sectores económicos, complementarios del estatal: cooperativo, mixto y privado, lo que demanda la concertación de contratos eficaces, para alcanzar una mejor disciplina financiera y económica, y producir los efectos pretendidos, que favorezcan el desarrollo social.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Los graduales cambios en el sistema de gestión económica en Cuba conllevaron a la necesidad de proceder a un reordenamiento del régimen jurídico de la contratación económica, que contribuyera a elevar la responsabilidad de los sujetos y eliminar la dispersión legislativa que, en esa materia, caracterizaba al ordenamiento jurídico; en tal sentido, se puso en vigor el citado Decreto-Ley No. 304 [GOR-O (62), 2012, pp. 2077-2087], que preservó como única fuente supletoria al CC.

Tal norma sustantiva les confiere a las partes un protagonismo mayor en la solución de sus conflictos contractuales, en la estructuración de vías para llegar a soluciones que les permitan preservar el nexo y con ello garantizar el flujo de la actividad, como algo primordial.

En dicha legislación, para garantizar su mayor transparencia y contribuir a promover y asegurar las relaciones de cooperación entre las partes, se reconocen los principios que en materia de contratos deben ser exigidos, a saber: autonomía de la voluntad, buena fe, igualdad entre las partes, confidencialidad, relatividad del contrato, intangibilidad del contrato e interés general.

La sanción pecuniaria es expresión del principio de la supremacía de la autonomía de la voluntad en la formación de los contratos, pues son las partes las que la determinan y deciden su cuantificación en sus estipulaciones, la cual debe estar en correspondencia con el valor de la máxima afectación que, en caso de incumplimiento, pudiera sufrir la parte afectada, regulación que informa su función previsora.

Es valedero el uso del principio de la autonomía de la voluntad, sin dejar de atender el interés general, habida cuenta de que, dado el contenido de ambos, es obligación de las partes concertar contratos económicos que garanticen sus necesidades en ese ámbito, sin desatender las prioridades establecidas por el Estado, para no contravenir o dañar el interés público, la economía nacional, el medio ambiente y el orden social.

3.2. La sanción pecuniaria como penalidad

La sanción pecuniaria como pretensión tiene un carácter eminentemente penalizador, aunque participa de ser también reparadora de afectaciones, característica que se acentúa por el hecho de ser compensable con los daños y perjuicios, tal como se regulaba en el Decreto-Ley No. 15 de 1978.

De acuerdo con lo regulado en la ley de la contratación económica cubana actual, ya referida, la sanción pecuniaria puede pactarse por mora o por incumplimiento total o parcial de una obligación del contrato.

Conforme a su interpretación teórico-contextual, es la cantidad de dinero pactada por las partes en el contrato, expresada en una suma alzada, porcentualmente o mediante otro indicador en relación con el valor de la prestación que se garantiza, cuantía que la parte infractora está obligada a pagar a la perjudicada con motivo del incumplimiento contractual, según establece el Artículo 51.2 del Decreto-Ley No. 304, [GOR-O (62), 2012, p. 2082].

De lo anterior se aprecia que, aunque se trata de una penalidad regulada como garantía, también prevé el pago de los intereses moratorios, como una de las formas de responsabilidad por incumplimiento del contrato, según lo dispuesto en el Artículo 85 d).

Se regula en los artículos del 51 al 53 del Decreto-Ley No. 304 [GOR-O (62), 2012, p. 2082], como una forma de garantizar el cumplimiento contractual, es decir, se concibe en la ley como una garantía para que los sujetos de derecho económico se obliguen al cumplimiento del objeto del contrato y demás estipulaciones.

Habiéndose regulado contractualmente el pago de sanción pecuniaria sin exigir el cumplimento de la obligación ni la reparación del daño e indemnización de perjuicios, tal institución jurídico-económica desempeña una función penalizadora exclusivamente; si se conviene pagarla en lugar de reparar e indemnizar aquellos, tiene una función penalizadora y sustitutoria, pues el ente económico que haya infringido la obligación no está exento de la responsabilidad contractual de resarcir al perjudicado.

No obstante, hay que significar que en la legislación actual el sujeto infractor no está exento de cumplir la obligación contractual, aunque pague la sanción pecuniaria, excepto que en el negocio jurídico las partes hayan pactado lo contrario; de modo que, en ese supuesto, se cumple la penalidad y el ente infractor no está eximido de ejecutar la obligación contractual, lo cual favorece el papel que desempeña el contrato económico en el orden y la disciplina de las relaciones económicas, contribuyendo a reforzar el sentido de responsabilidad de las entidades y demás sujetos en su actividad.

En el supuesto legal de que el sujeto responsable del incumplimiento se obligue a pagar los daños e indemnizar los perjuicios ocasionados,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

además del pago de la penalidad, solo será en la cuantía en que estos no estén cubiertos por la sanción pecuniaria pactada. En tal situación están presentes las funciones penalizadora y compensatoria.

Se le atribuye a la sanción pecuniaria un carácter eminentemente penalizador, aunque participa de ser también reparadora de afectaciones, característica que se acentúa por el hecho de ser compensable con los daños y perjuicios, como lo establece el Artículo 53 del citado decreto ley.

Sin embargo, para aplicarla no es necesario que el agente de la acción u omisión dañosa sea culpable, en correspondencia con los presupuestos establecidos legalmente, habida cuenta de que, para que exista la responsabilidad contractual, es imprescindible que los sujetos estén ligados por un nexo obligacional previo, de cuyo incumplimiento surge la obligación penalizadora e indemnizatoria.

En el orden práctico se aprecian posiciones de los sujetos de las relaciones contractuales que no pactan la sanción pecuniaria; otros, habiéndola acordado en el negocio jurídico, no hacen uso de ella durante la ejecución de lo pactado; y hay quienes acuden al órgano judicial y solo piden el resarcimiento, incluso en situaciones de hecho que no lo conllevan, a pesar de haber concertado su aplicación, dejando de cumplir la finalidad coercitiva de aquella.

En la práctica judicial, los jueces están obligados a desempeñar un papel oficioso en la tramitación y resolución de los asuntos para llegar a la verdad material de lo acontecido durante la ejecución del contrato, y en tal desempeño han advertido que las partes, en algunas ocasiones, no interesan el pago de sanción pecuniaria porque resulta excesivamente onerosa, sin tener en cuenta que, conforme a la norma jurídica, ante la existencia de una cláusula penal que se considere desproporcionada o abusiva, esta puede ser objeto de adecuación por el tribunal, siempre que haya sido colocada de alguna forma por las partes en el proceso, con una concepción abierta del órgano judicial actuante, dada su trascendencia y efectos jurídicos, lo cual, obviamente, debe ser sometido a debate, con arreglo a las posibilidades que concede el procedimiento económico.

De lo anterior se colige que la ley sustantiva económica vigente establece una serie de instituciones rectoras de la teoría general de los contratos que permite a los operadores económicos contar con un cuerpo normativo de plena aplicabilidad; siendo necesario alcanzar una cultura que permita perfeccionar contratos cualitativamente superiores

que reflejen los intereses de cada sujeto, en especial, un mejor uso de la sanción pecuniaria, y que no cuenten con cláusulas excesivamente onerosas para la parte más débil desde el punto de vista económico o intelectual.

3.3. La Responsabilidad contractual y la sanción pecuniaria

El multicitado Decreto-Ley No. 304 [GOR-O (62), 2012, pp. 2077-2087] deja establecido que la parte que incumpla un contrato asume la responsabilidad derivada de dicho incumplimiento, salvo que tenga por causa la fuerza mayor o el caso fortuito; también estipula que la infractora no queda liberada de su obligación, excepto por acuerdo o declaración judicial.

Así mismo, en el Capítulo IX (Artículo 85.1) regula taxativamente como formas de la responsabilidad contractual las siguientes (pp. 2085-2086):

a) El cumplimiento de la obligación.

b) La reparación del daño.

c) La indemnización de perjuicios.

d) El pago de intereses moratorios, en el caso de las obligaciones pecuniarias.

El cumplimiento en este ámbito consiste en la ejecución por la parte obligada de las obligaciones contractuales, conforme con lo pactado; o de no ser posible, su verificación por equivalente. El daño es la afectación que realmente se ocasiona al patrimonio del perjudicado, a causa del citado incumplimiento.

Por daño se entienden los gastos y las pérdidas o lesión al patrimonio. Para proceder a su valoración se sigue el principio de la reparación integral, particular de extrema relevancia, por lo cual las partes están obligadas a acreditar al tribunal, con las pruebas admitidas en derecho, en especial, mediante documento, el cálculo realizado para cuantificarlo, con expresión del sustento legal para conformarlo.

Los perjuicios constituyen los beneficios dejados de percibir con motivo del incumplimiento de obligaciones contractuales.

Hay que significar que tales ganancias tienen que estar planificadas, de manera que, si se constituye el incumplimiento de una obligación,

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

pero la accionante cumplió su plan y obtuvo los beneficios que planificó, no es procedente disponer el resarcimiento, pues en realidad no hubo afectación económica. La doctrina lo concibe como los ingresos dejados de obtener.

No obstante, de acuerdo con la regulación económica actual, el incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales puede generar el pago de sanción pecuniaria, si se determinó en sus estipulaciones.

El pago de intereses moratorios en el caso de las obligaciones pecuniarias, como una de las formas de responsabilidad contractual, no se conceptualiza en ese capítulo, sino en el citado Artículo 51, donde se prevé, además, como una manera de garantizar el cumplimiento de los contratos, en virtud de la cual las partes pueden pactar el pago de sanción pecuniaria por mora o por incumplimiento total o parcial de una obligación pecuniaria, siendo conceptualizados los intereses moratorios como una suma alzada, porcentualmente o mediante otro indicador en relación con el valor de la prestación que se avala.

En la ejecución de los contratos económicos los sujetos pueden, en ocasiones, afectar el patrimonio y las ganancias planificadas de otro, caso en el que se produciría una violación de las disposiciones normativas generales y de la ley de partes que los ampara y, por ende, comenzaría a funcionar el sistema que el Derecho prevé para estos casos: la responsabilidad.

Una vez acaecido el incumplimiento, se producirá un juicio que conllevará la consecuencia jurídica prevista en las normas: ya sea el cumplimiento de la obligación, el resarcimiento por daños o perjuicios y el pago de intereses moratorios, como formas de responsabilidad contractual. También puede disponerse el pago de sanción pecuniaria, si se ha pactado como una penalidad ante infracciones contractuales.

De lo investigado se observa que la ley de la contratación económica establece que las partes pueden pactar el pago de sanción pecuniaria por mora o por incumplimiento total o parcial de una obligación contractual, y dentro de esa forma de garantizar el cumplimiento de los contratos, regula el pago de los intereses moratorios. Luego, en el Artículo 85 de dicho decreto-ley se regula el pago de los intereses moratorios, en el caso de las obligaciones pecuniarias, como una de las formas de responsabilidad contractual exigibles; sin embargo, no incluye como tal la sanción pecuniaria por incumplimiento de las obligaciones, independientemente de que su aplicación en muchos casos tiene una

función compensatoria de resarcimiento; además, para exigir el pago de esta es necesario declarar previamente que se es responsable, para lo cual se requiere la concurrencia de los presupuestos que exige la ley referida, por lo que su ubicación legal requiere ser estudiada a los efectos modificativos pertinentes.

Ahora bien, esto es lo establecido por la ley; pero luego, en la práctica, existen situaciones que impiden que la sanción pecuniaria surta los efectos jurídicos, coercitivos y de resarcimiento requeridos:

- No se pacta en el negocio jurídico.
- No se hace uso de dicha institución jurídico-económica durante la ejecución de los contratos, habiéndola acordado, lo que demuestra poca diligencia de los sujetos económicos.
- No se solicita en la pretensión de las demandas, a pesar de su finalidad coercitiva para elevar la responsabilidad de los entes económicos.

Por todo lo expuesto, la institución jurídico-económica de la sanción pecuniaria por incumplimiento de obligación contractual está necesitada de ser investigada con profundidad, para su perfeccionamiento, tanto en el orden legislativo como en el práctico.

IV. CONCLUSIONES

La sanción pecuniaria por incumplimiento de obligación contractual está regulada en la norma de la contratación económica como una forma de garantizar el cumplimiento de los contratos y no como parte de la responsabilidad contractual, a pesar de que desempeña función compensatoria de resarcimiento y que el pago de los intereses moratorios, en el caso de las obligaciones pecuniarias, se inserta en las formas de responsabilidad contractual.

Aunque la concertación de los contratos económicos ha mejorado, en sentido general —la afirmación parte de la experiencia de la autora—, a partir de la vigencia del Decreto-Ley No. 304 [GOR-O (62), 2012, pp. 2077-2087], se aprecia que los operadores económicos no actúan con diligencia, pues no pactan en los contratos económicos la sanción pecuniaria o, habiéndola pactado, no hacen uso de ella en la ejecución del negocio jurídico ni en las pretensiones de las demandas que presentan ante las salas de lo Mercantil.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

La regulación de tal cuestión en la disposición normativa de la contratación económica es expresión de la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad en la formación de los contratos, habida cuenta de que son las partes las que la determinan y deciden su cuantificación en las estipulaciones de estos; no obstante, se observa una escasa cultura contractual que impide hacer un mayor uso de dicha institución.

El empleo adecuado de la sanción pecuniaria conllevaría a la concertación de contratos cualitativamente superiores, como reflejo de los intereses de las partes, al tiempo que favorecería el crecimiento y desarrollo de la economía y las finanzas del país.

V. REFERENCIAS

Decreto-Ley No. 15, Normas básicas para los contratos económicos. (Julio 7, 1978). GOR-O (21), 264-267.

Decreto-Ley No. 304, De la contratación económica. (Diciembre 27, 2012). GOR-O (62), 2077-2087.

Ojeda, N. C. y Delgado, T. (2003). *Teoría general de las obligaciones, comentarios al Código civil cubano*. Félix Varela.

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

COMENTARIO
Recibido: Junio 30, 2023
Aceptado: Noviembre 24, 2023

LA CORRUPCIÓN DE MENORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

THE CRIME OF CORRUPTION OF MINORS IN THE NATIONAL LEGAL SYSTEM

Daniel Alejandro Corrales Ponce

Estudiante de Derecho, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana, Cuba

Código ORCID: 0009-0001-1405-0960

danielcp03@icloud.com

Resumen

El desarrollo y el bienestar de niñas, niños y adolescentes, y el cumplimiento de los derechos humanos que los respaldan, constituyen elementos de atención para la comunidad internacional. En Cuba, las personas menores de edad adquieren una connotación especial y prevalece el respeto a sus intereses, en función de garantizar su felicidad, siendo un tema prioritario para la sociedad y el Estado. El autor aborda el delito de corrupción de menores, ofrece una panorámica de la evolución histórica de esta figura delictiva en Cuba, desde la puesta en vigor del Código penal español, y profundiza en su actual regulación jurídica penal, derivada de las modificaciones que introdujo la reforma legislativa respecto a la protección de las víctimas de este ilícito, así como su armonía con la Constitución de la República y la Convención internacional sobre los derechos del niño, en garantía del desarrollo integral de los menores de edad.

Palabras clave: Menores; víctimas; corrupción; protección; niños.

Abstract

The development and well-being of children and adolescents, and the fulfillment of the human rights that support them, constitute elements of attention for the international community. In Cuba, minors acquire a special connotation and respect for their interests

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

prevails, in order to guarantee their happiness, being a priority issue for society and the State. The author addresses the crime of corruption of minors, offers an overview of the historical evolution of this criminal figure in Cuba, since the entry into force of the spanish criminal Code, and delves into its current criminal legal regulation, derived from the modifications it introduced. the legislative reform regarding the protection of the victims of this crime, as well as its harmony with the Constitution of the Republic of Cuba and with the International Convention on the Rights of the Child, in guarantee of the integral development of minors.

Keywords: *Minors; victims; corruption; protection; children.*

Sumario

I. Introducción; II. Evolución histórica de la corrupción de menores en Cuba; III. Análisis de su regulación jurídico-penal en el Código penal vigente; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Los infantes requieren para su desarrollo integral un adecuado ambiente social y familiar que permita cumplir las expectativas de las cualidades morales que los formen como hombres y mujeres de bien, y que contribuyan, a su vez, a la transformación de la sociedad. De ahí la preocupación a nivel internacional de protegerlos y atender sus necesidades, en el sentido de reconocerles sus derechos y exigir el cumplimiento de estos. Sin embargo, los malos tratos, la explotación y las influencias peligrosas hacia ellos resultan ser flagelos que continúan afectándolos, siendo ineludible la búsqueda de alternativas para su erradicación.

En Cuba, NNA tienen un relevante reconocimiento dentro de la población, y resulta de vital importancia garantizar su bienestar y desarrollo, por lo que la salvaguardia de sus intereses resulta un tema prioritario para la sociedad y el Estado. No obstante, en el país persisten manifestaciones delictivas de esa naturaleza; en tal sentido, la legislación sustantiva penal en Cuba prevé el delito de corrupción de menores para la protección contra estas conductas y las reprime con rigor.

El delito enunciado es fundamental en la protección a NNA, y fue actualizado durante el proceso de reforma legislativa acontecido en el

país, por lo que, al tratarse de un tema interesante y actual, se hace necesario un acercamiento a esta figura delictiva. Para ello se ofrece una panorámica de su evolución histórica en Cuba, desde la puesta en vigor del Código penal español, y se realiza el análisis teórico-jurídico de su regulación actual con el propósito de determinar cómo tributa esta a la protección y el desarrollo integral de las personas menores de edad, verificando su interrelación con la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116] y la CDN (OACNU, 2014, pp. 119-146).

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CORRUPCIÓN DE MENORES EN CUBA

El Código penal español de 1870, [GM, (243), 1970] que se hizo extensivo para Cuba por Real Decreto de 23 de mayo de 1879, fue el primer cuerpo legal que rigió en Cuba en materia penal; destinó su Título IX a los delitos contra la honestidad y, entre estos, en el Capítulo IV, específicamente el Artículo 459 concibió el delito de corrupción de menores, el cual fue regulado de una manera muy escueta, en tanto lo concebía como «el que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro» (p. 19) y disponía como castigo la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio e inhabilitación temporal absoluta para el caso de que se tratara de una autoridad. Significaba que las víctimas de estos delitos eran aquellos cuyas edades estaban comprendidas entre los 12 y 23 años.

De la regulación, se constata como exigencia para la tipificación del delito que se actuara con habitualidad, excepto en los casos donde se hubiese obrado con abuso de autoridad o confianza, por lo que un hecho aislado de esa naturaleza en el que estuviese presente el abuso no calificaba el tipo penal.

En la propia norma se empleaba el término *corrupción de menores* como un concepto global, sin describir las acciones que en él pudieran estar comprendidas, cuya imprecisión impedía juzgar con certeza, a la vez que dejaba desprotegidas otras conductas que podían suscitarse y desviar la formación y el desarrollo de los niños.

Mientras, en los restantes elementos del artículo se aprecia una vinculación directa y exclusiva con la prostitución o la satisfacción de los deseos ajenos, expresión esta que también divaga, pues, aunque se

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

pudiera deducir que se refiere a los deseos en el ámbito de la sexualidad por la propia concatenación de las ideas de la norma, lo cierto es que se describe de modo impreciso, dando margen a la interpretación libre del juez.

Es interesante el esquematismo de esta norma. Los verbos que la configuran se limitan solo a quien promueva o facilite las acciones descritas, lo que conlleva a la exclusión de otras formas de participación; asimismo, al reducirla al propósito de «satisfacer los deseos de otros», deja sin posibilidad de enfrentamiento a los hechos en los que el sujeto activo actuara en busca de su propia satisfacción individual, a pesar de que desde el punto de vista del autor no hay distinción entre una conducta y la otra, pues ambas repercuten de idéntica manera en la víctima sometida.

Este cuerpo legal fue sustituido por el Código de defensa social [GOR-E (108), 1936], promulgado el 4 de abril de 1936, que entró en vigor el 8 de octubre de 1938; en su Título XI, Capítulo I: Delitos contra las buenas costumbres (la sección II), regulaba el estupro y la corrupción de menores, y este último se recogía en el Artículo 487 y siguientes (p. 154), con una normativa muy escueta, con situaciones similares a su predecesor en lo que atañe a la redacción de las conductas que contemplaba. Sin embargo, introdujo nuevas acciones delictivas en el tipo penal asociadas a quien ostentaba la potestad o guarda sobre el menor y consintiera que este se implicara en estos comportamientos; así como a la ejecución de actos sexuales en presencia del menor y al ofrecimiento, facilitación o venta a este de cualquier material u objeto de carácter obsceno. Prevalecía la sexualidad en el centro del delito.

Desde el triunfo de la Revolución, se prestó una atención especial a las regulaciones asociadas a la niñez, y es por ello que en el propio año 1959 se dictaron varias leyes, encaminadas a regular cuestiones de urgencia relacionadas con los menores de edad, asociadas a su protección y al tratamiento que debía brindarse a los que incurrían en conductas delictivas, con lo que se fueron derogando algunos artículos del Código de defensa social [GOR-E (108), 1936], precisamente porque este no alcanzaba a regular de manera eficiente las conductas que se requerían.

A partir de la puesta en vigor de la Ley No. 1249, el 23 de junio de 1973 [GOR (13), 1973, p. 110], el delito de corrupción de menores, se reguló en el Título XI, Capítulo III, en los delitos contra el normal desarrollo de

la infancia y la juventud; cambió con ello el bien jurídico protegido, el delito quedó mejor estructurado y con una protección más acertada a la víctima, velando no solo por conductas corruptas dispersas, sino por el desarrollo apropiado de niños y jóvenes. En esta oportunidad, la norma resultó más explícita y descriptiva en relación con la conducta que lo conformaba, estipulando como tal la acción de inducir a una persona menor de 16 años de edad, sin distinción de sexo, a ejercer la prostitución, el homosexualismo o a concurrir a lugares en los que se practicara el vicio o la corrupción, o a la realización de cualquier otro acto deshonesto de los que encontraban respaldo en el Código, para lo cual disponía un marco penal que oscilaba de dos a ocho años de privación de libertad, pudiendo ser esta de tres a 10, para el caso del autor que tuviese bajo su potestad o guarda al menor.

Además, ratificó la punición para quien, con noticias de que un menor de edad sujeto a su potestad o guarda se encontrara ejerciendo alguna de las conductas antes descritas, lo consintiera o no lo pusiera en conocimiento de las autoridades; y a quienes ejecutaran actos sexuales en presencia de menores, para los que previó de tres meses a un año de privación de libertad. A quien le ofreciera, facilitara o vendiera a estos cualquier material u objeto de carácter obsceno, se le castigaba con privación de libertad de 30 a 180 días.

En esta figura delictiva se protegía a los niños de los juegos de interés, la ingestión de bebidas alcohólicas y el consumo de drogas tóxicas o estupefacientes, y, como consecuencia, no solo se establecía sanción para quienes los indujeran a estas conductas (con penas que no superaban los cuatro años de privación de libertad para los casos asociados a la droga), sino para quien de manera negligente diera lugar al consumo de esta por el menor que se hallara bajo su potestad o guarda, en este supuesto con sanciones entre uno y nueve meses de reclusión. Incluso, el empleado de un establecimiento que procediera a despachar bebidas alcohólicas a un infante, para su ingestión, podía ser sancionado de tres meses a un año de privación de libertad.

De lo anterior, se advierte que se ampliaban las acciones que integraban la tipicidad delictiva, trascendiendo más allá del ámbito sexual, con el propósito de engranar de una manera más certera la protección del desarrollo de los niños y despojar a la infancia de conductas que la afectaban antes de 1959, con impunidad.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Ante la necesidad de tener un cuerpo legal que aglutinara las normas que de forma dispersa se fueron dictando, para solucionar problemas no previstos en la legislación penal, a partir del triunfo revolucionario, y que contemplaran las nuevas prerrogativas del país como sistema socialista, se aprobó la Ley No. 21 de 1979, Código penal [GOR-O (3), pp. 47-105].

Esta ley en el Capítulo III, del Título XI (Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud), reguló el delito de corrupción de menores, integrado por seis artículos (del 367 al 372) [GOR-O (3), 1979, pp. 98-99]; le dio al delito una redacción muy similar a su predecesora, en correspondencia con las modificaciones que habían sido introducidas por la Ley No. 1249 [GOR (13), 1973, p. 110], y tuvo como particularidad la distinción que hizo respecto a la inducción a la prostitución, a la que reguló en un apartado independiente, y le asignó un marco penal de más rigor: de tres a 10 años de privación de libertad.

En esencia, centró sus modificaciones en el reacomodo de los marcos penales previstos para las diferentes actuaciones en la figura delictiva. Redujo hasta nueve meses el límite máximo, para el sujeto con potestad y guarda que consintiera y no informara respecto al menor de quien conociera que se dedicaba a tales actos y a los que en presencia de estos realizaran actos sexuales.

Además, dispuso un aumento considerable de las sanciones a imponer a quienes indujeran al uso de drogas tóxicas o estupefacientes, esta vez con sanciones de tres a 10 años.

También mostró incremento en el marco penal relativo a quien ofreciera, vendiera o facilitara al menor materiales de carácter obsceno, a un rango de tres a nueve meses de privación de libertad o multa hasta de 270 cuotas o ambas; estableció el mismo castigo para el empleado de un establecimiento en el que se expendieran bebidas alcohólicas para su consumo allí y las despachara a un menor de 16 años de edad.

No previó la agravación respecto al comisor que tuviera bajo su potestad o guarda al menor para las conductas asociadas a la prostitución y las drogas.

Y el marco para el que indujera a una persona menor de 16 años a participar en juegos de interés o a ingerir habitualmente bebidas alcohólicas, fue similar a la ley anterior, pues mantuvo el mínimo, y el máximo lo

ubicó en nueve meses, así como dio la posibilidad de aplicar la sanción de multa de cien a 270 cuotas o ambas, con lo que amplió las posibilidades de adecuación de la sanción.

En 1987, se aprobó la Ley No. 62, Código penal (Rivero y Bertot, 2009), que entró en vigor en abril de 1988, como parte del progreso importante en la estructuración del sistema de lucha contra las infracciones de la legalidad, para la formación de una cultura de respeto a la ley y ello permitió extraer del ámbito penal las conductas que no constituyeran propiamente delitos.

Esta nueva Ley mantuvo el delito ubicado en los delitos contra el normal desarrollo de la infancia y la juventud, sin que se apreciaran sustanciales diferencias respecto a la Ley No. 21 [GOR-O (3), pp. 47-105]; su formulación, esta vez en el Artículo 310 (p. 92), retomó lo que previó en su momento el Código de defensa social [GOR-E (108), 1936], en lo que atañe a la inducción de menores a ejercer la prostitución, el homosexualismo, o a frecuentar lugares en los que se practicara el vicio y la corrupción, sin distinguir entre estas conductas, y la sanción prevista podía oscilar entre dos y cinco años, advirtiéndose una disminución del límite máximo; al igual que la anterior, no agravaba el castigo cuando las conductas se ejercieran por quienes tenían la potestad o guarda.

Estableció nuevas penas para quien ofreciera, vendiera o facilitara al menor materiales de carácter obsceno; para el que, por su negligencia o descuido, diese lugar a que un menor bajo su potestad, guarda o cuidado usara drogas tóxicas o estupefacientes de cualquier clase (Artículo 314, p. 256); en esta oportunidad, el marco penal previsto era el de tres meses a un año o multa de cien a 300 cuotas o ambas.

Además, redujo el límite máximo del marco sancionador para quienes indujeran a menores de 16 años al uso de drogas tóxicas o estupefacientes, esta vez con sanciones que discurrían de tres a ocho años (Artículo 313.2, p. 256).

Y despenalizó la conducta del empleado de un establecimiento en el que se expendieran bebidas alcohólicas, que despachara al menor de 16 años de edad, para su consumo.

En la década de los años noventa, se hizo más compleja la situación económica en Cuba, se desencadenaron cambios en las condiciones sociales y se potenció el riesgo de que se produjeran otros males, por lo que la legislación penal debió ser modificada para ajustarse al

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

contexto; con ese propósito, se aprobaron dos decretos-ley y una ley. Teniendo en cuenta que precisamente la corrupción de menores era de las conductas que elevaban su proclividad, dos de estas modificaciones legislativas incidieron directamente en el ajuste de la formulación de tal tipicidad delictiva.

El Decreto-Ley No. 175, de 17 de junio de 1997 [GOR-E (6), 1997] incrementó los marcos sancionadores del delito de corrupción de menores a fin de acentuar la rigurosidad en el enfrentamiento a este tipo penal y contrarrestar sus manifestaciones, al tiempo que incorporó nuevos comportamientos ilícitos en su configuración, con la inclusión de que «el que utilice a una persona menor [...]», dando la posibilidad de una norma más flexible en torno a la protección de los infantes, que permitiera atemperarla a las condiciones del contexto que se vivía en ese período. Su Artículo 29 (p. 44) modificó los artículos del 310 al 314 y 317 de la Ley No. 62 (Rivero y Bertot, 2009, pp. 254-256, 262), que eran precisamente los que correspondían al delito objeto de estudio.

El Artículo 18 de la Ley No. 87, que entró en vigor en 1999, modificó el 310 de la Ley No. 62, específicamente el apartado 2 (Rivero y Bertot, 2009, p. 254) para establecer sanciones de privación de libertad de 20 a 30 años, o muerte, en los casos de las figuras agravadas de esta tipicidad delictiva, relacionadas con el empleo de violencia, mediante la cual se ocasionaran lesiones o enfermedad al menor, se utilizara a más de un menor en estos actos, o se realizara por quien tuviera la potestad, guarda o cuidado del menor (cualidad de agravación que se retomó); e incluyó nuevas agravaciones referidas a si la víctima era menor de 12 años de edad o se hallaba enajenada mentalmente o en trastorno mental transitorio, o de algún modo estuviera incapacitada para resistir, y cuando el hecho se ejecutara por dos o más personas.

La Ley No. 62 se mantuvo vigente hasta noviembre de 2022, cuando fue sustituida por la Ley No. 151, CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], siendo esta la que rige en la actualidad.

Tras el estudio de la evolución histórica realizado, se pudo constatar que, desde el primer cuerpo legal de la materia penal de aplicación en el país, hasta la actualidad, el delito de corrupción de menores ha estado debidamente identificado en el ordenamiento legal patrio, aunque su formulación se fue perfeccionando con el tiempo, adecuándose a las circunstancias de cada momento concreto.

III. ANÁLISIS DE SU REGULACIÓN JURÍDICO-PENAL EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

Como parte del profundo proceso legislativo que se generó a partir de la aprobación en 2019 de la CRC [GOR-E (5), pp. 69-116], resultó imprescindible la elaboración de un nuevo Código penal que se atemperase a los mandatos constitucionales y a las nuevas disposiciones normativas aprobadas en la materia penal, con el propósito, no solo de mostrar la esencia de la lucha contra el delito y la delincuencia, sino además de integrar los tratados internacionales vigentes para la Cuba, con el fin de alcanzar una mayor efectividad y eficacia en la prevención y enfrentamiento al delito.

Consecuentemente, el delito de corrupción de menores no escapó del análisis y la actualización necesarios para ajustarlo a los nuevos escenarios internos y externos.

La CDN (OACNU, 2014, pp. 119-146), aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1989 (y en vigor en Cuba a partir del 20 de septiembre de 1991), reconoce que los niños, para su desarrollo pleno y armonioso, deben crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

La referida Convención (OACNU, 2014, pp. 119-146) define como *niño* a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad, mientras da por sentado en su Artículo 3 (p. 122) que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño; además, establece el compromiso de los Estados firmantes de asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, a cuyo fin adoptarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Lo anterior lo reafirma en su Artículo 32 (p. 135), al reconocer el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Y lo confirma en el 34 (p. 136), en el que se regula el compromiso de los Estados de proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales, para lo cual establece la

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

necesidad de adoptar las medidas, tanto de carácter nacional como bilateral y multilateral, que sean necesarias para impedir la incitación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y su explotación en espectáculos o materiales pornográficos.

En coherencia con lo anterior, la CRC [GOR-E (5), 2019] destina varios de sus artículos al tratamiento y protección que deben recibir NNA. En este sentido, el Artículo 66 (p. 82) prohíbe el trabajo de estos, así como establece la protección que brinda el Estado a los que, en circunstancias excepcionales definidas en la ley, son autorizados a incorporarse a este, con el fin de garantizar su adiestramiento y desarrollo integral. Mientras, en el Artículo 68 (p. 82) se regula la protección por el Estado a quienes tienen la función del cuidado y atención al menor, en caso de ser necesario, mediante el Sistema de seguridad social.

Por su parte el Artículo 84 de la Carta Magna [GOR-E (5), 2019, pp. 84-85] establece la responsabilidad de las madres y los padres en la educación y formación integral de las nuevas generaciones en los valores morales, éticos y cívicos, en correspondencia con la vida en la sociedad socialista, además de definir los deberes esenciales para los que tienen la guarda y cuidado, entre los que se incluye el de protegerlos de todos los tipos de violencia y contribuir activamente al desarrollo pleno de su personalidad.

Es fundamental para el tema objeto de análisis la formulación que se le dio al Artículo 86 del supremo cuerpo legal [GOR-E (5), 2019]:

> El Estado, la sociedad y las familias brindan especial protección a las niñas, niños y adolescentes y garantizan su desarrollo armónico e integral para lo cual tienen en cuenta su interés superior en las decisiones y actos que les conciernan. Las niñas, niños y adolescentes son considerados plenos sujetos de derechos y gozan de aquellos reconocidos en esta Constitución, además de los propios de su especial condición de persona en desarrollo. Son protegidos contra todo tipo de violencia. (p. 85)

Consecuentemente, la Ley No. 151, CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] plantea modificaciones respecto a su predecesor y específicamente el delito en estudio, que en esta oportunidad toma el nombre de «corrupción de personas menores de edad» y se ubica en la sección primera —artículos del 402 al 406 [GOR-O (93), 2022, pp. 2680-2681]—, correspondientes al Título XVI: Delitos contra la libertad e indemnidad

sexual, las familias y el desarrollo integral de las personas menores de edad; Capítulo III: Delitos contra el desarrollo integral de las personas menores de edad), apreciándose ya desde su nomenclatura, un cambio en la concepción del bien jurídico que se protege, pues no se trata solo de lograr un normal desarrollo de la infancia y la juventud, como se establecía previamente, sino de garantizar un resguardo integral a esos menores de edad, de manera que la protección que se les brinda tenga un carácter multilateral y/o multifactorial de sus derechos.

La redacción del delito de corrupción de menores en el nuevo cuerpo legal sustantivo [GOR-O (93), 2022] quedó de la siguiente manera:

> Artículo 402.1. Quien utilice a una persona menor de dieciocho años en el ejercicio de la prostitución o en la práctica de actos de corrupción, pornográficos u otros previstos como delito en este Código, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años.
>
> 2. La sanción es de privación de libertad de quince a treinta años o privación perpetua de libertad en los casos siguientes:
>
> a) Si se emplea violencia o intimidación para el logro de sus propósitos;
>
> b) si como consecuencia de los actos a que se refiere el apartado anterior, se ocasionan lesiones o secuelas a la víctima;
>
> c) si se utiliza más de una persona menor de dieciocho años para la realización de los actos previstos en el apartado anterior;
>
> d). si el hecho se realiza por quien tenga la responsabilidad parental de la víctima;
>
> e) si la víctima es una persona menor de doce años de edad, o en situación de discapacidad mental o privada de razón o de sentido o imposibilitada de resistir por cualquier causa;
>
> f) si el hecho se comete por la condición de género de la víctima; y
>
> g) cuando el hecho se ejecuta por dos o más personas.
>
> 3. Quien induzca a una persona menor de dieciocho años a concurrir a lugar en que se practiquen actos de corrupción, incurre en sanción de privación de libertad de tres a ocho años.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

4. La mera proposición de los actos previstos en los apartados 1 y 3 se sanciona con privación de libertad de dos a cinco años.

5. En los casos de comisión de los delitos previstos en este artículo, se puede imponer la sanción accesoria de confiscación de bienes.

Artículo 403. Se sanciona con privación de libertad de dos a cinco años, a quien:

a) Con noticias de que una persona menor de dieciocho años sujeta a su responsabilidad parental se dedica al uso o consumo de drogas ilícitas o sustancias de efectos similares, o se encuentra ejerciendo la prostitución, el comercio carnal o cualquiera de los actos previstos en el artículo anterior, lo consienta o no lo impida o no ponga el hecho en conocimiento de las autoridades;

b) ejecute actos sexuales en presencia de personas menores de dieciocho años; y

c) ofrezca, venda, suministre o facilite a una persona menor de dieciocho años, libros, publicaciones, estampas, fotografías, películas, videos u otros objetos de carácter pornográfico.

Artículo 404.1. Quien induzca o utilice a una persona menor de dieciocho años en prácticas de mendicidad, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de quinientas a mil cuotas, o ambas.

2. Si el hecho previsto en el apartado anterior se realiza por quien tenga la responsabilidad parental de la persona menor de dieciocho años, o aprovechándose de su condición de género o si esta se encuentra en situación de discapacidad de cualquier tipo, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años.

Artículo 405.1. Quien induzca a una persona menor de dieciocho años a participar en juegos ilícitos o a ingerir habitualmente bebidas alcohólicas, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de quinientas a mil cuotas, o ambas.

> 2. Si la inducción se dirige al uso o consumo de drogas ilícitas o sustancias de efectos similares, la sanción es de privación de libertad de cinco a doce años.
>
> Artículo 406. Quien, por su negligencia o descuido, dé lugar a que una persona menor de dieciocho años sujeta a su responsabilidad parental, use o consuma drogas ilícitas o sustancias de efectos similares, o ejerza la prostitución, el comercio carnal, o realice actos pornográficos o corruptores, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de quinientas a mil cuotas, o ambas. (pp. 2680 y 2681)

Resulta significativo y muy positivo el cambio introducido por estos artículos, respecto a la edad de la persona que resulta protegida por este delito, pues anteriormente se establecía la de 16 años y en esta legislación se definió la de 18, en correspondencia total con lo estipulado en la CDN (OACNU, 2014, pp. 119-146).

Determina el Artículo 402 [GOR-O (93), 2022, p. 2680] que responderá por esta tipicidad delictiva quien «utilice» a una persona en el ejercicio de las conductas que allí se enuncian, aspecto ya previsto en las modificaciones realizadas a la ley anterior y que desde el criterio del autor es más abarcador y, por consiguiente, lleva implícita una mayor protección al infante víctima de acciones de esta índole.

Es muy interesante la transformación que aconteció, al suplir el término «otras conductas deshonestas de las previstas en este código», por «otros previstos como delito en este código», lo que permite eliminar la ambigüedad que generaba aquella redacción, pues, aunque podía deducirse que todos los ilícitos contemplados en el Código como delito entrañaban un carácter deshonesto, esto daba margen a la existencia de dudas en los operadores del Derecho.

Sobre este verbo empleado, se considera atinada la aclaración que al respecto efectuó el Dictamen 412, de 2021, del CG-TSP [GOR-E (56), 2022], para esta formulación en el Código anterior cuando expuso que se configurará este delito:

> [...] siempre que el propósito del sujeto activo haya tenido como elemento subjetivo para su comisión el ánimo de corromper; o pudo o debió prever esas consecuencias si este ánimo o intención no se puede determinar de los hechos imputados, entonces se

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

> calificará por la figura que tipifique, o sea lo preponderante en el análisis de los hechos será la intención tenida por el comisor de ellos o la posibilidad o el deber de preverlo. (p. 3)

Se elimina en el propio artículo la cualidad —de un sexo u otro— que se acotaba en el Código anterior en relación con los menores protegidos, lo que encuentra perfecta armonía con los mandatos constitucionales previstos en los artículos 41 y 42 [GOR-E (5), 2019, p. 79], relativos a los derechos de las personas, donde se designa que el Estado cubano reconoce y garantiza el goce y el ejercicio de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de igualdad y no discriminación, recibiendo la misma protección y trato de las autoridades y gozando de los mismos derechos, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, significando que la vulneración de estos principios resulta proscrita y es sancionada por la ley. Idéntica valoración merece la supresión de la expresión de actos «heterosexuales u homosexuales».

Se aprecia que el marco sancionador se mantuvo invariable para la figura básica del delito, con sanciones rigurosas que van desde los siete hasta los 15 años. Sin embargo, en el apartado 2 (Artículo 402, p. 2680), destinado a las conductas agravadas, se reduce el límite mínimo a 15 años, y se establece que puede llegar hasta 30 o privación perpetua de libertad, dando más posibilidades a los jueces por quedar un marco sancionador más amplio, que favorece adecuar la sanción en correspondencia con la individualidad de la persona y el hecho cometido.

En este caso, la privación perpetua de libertad viene a suplir la sanción de muerte que en la redacción anterior tenía establecida la respuesta penal de este delito, decisión del legislador que respeta el derecho a la vida, constitucionalmente reconocido en el Artículo 46 de la Carta Magna [GOR-E (5), 2019, p. 80], reservando esta pena solo para los delitos de lesividad suprema.

El inciso b) del apartado 2 (Artículo 402, p. 2680), al sustituir la «enfermedad» por la «secuela», como consecuencia de los actos realizados, da una mayor posibilidad de protección al menor que quede con alguna afectación provocada por el infractor.

La inclusión del inciso f) del propio apartado (Artículo 402, p. 2680), entre las conductas agravadas, guarda relación con la lucha que se lleva a cabo en contra de cualquier manifestación discriminatoria, cuya fundamentación se expuso previamente y le es aplicable a esta regulación.

En el Artículo 403 (p. 2680), aunque esencialmente su regulación es muy similar a la del código anterior, introduce el término «responsabilidad parental», en lugar de «potestad, guarda y cuidado», con lo cual contextualiza este delito con las novedades introducidas en el CFS [GOR-O (99), 2022, pp. 2893-2995], en el que se empleó este término en lugar de la patria potestad, según González Ferrer (2022), «[...] para reforzar que ser madres y padres, más que tener posesiones, implica mucha responsabilidad por la vida y el bienestar de los hijos e hijas. La crianza debe ser un acto de respeto y amor a la niñez» (s.p).

El Artículo 404 (p. 2680), respecto a la práctica de la mendicidad, emplea el verbo *inducir,* que significa «influir en una persona para que realice una acción o piense del modo que se desea, especialmente para que haga algo malo o perjudicial» (Diccionario jurídico, 2023, s.p.) de manera que amplía las conductas que se pueden enmarcar en el delito.

En tanto, en el apartado 2 (Artículo 404, p. 2681), destinado a la forma agravada de este delito, no solo lo asocia a quien tenga la responsabilidad parental, sino que considera una circunstancia de agravación de esta modalidad, el aprovecharse de la condición de género o de la situación de discapacidad de la víctima, lo que sigue la misma sistemática de la ley.

Por su parte el Artículo 405 (p. 2681) perfecciona su redacción al precisar que se trata de la inducción al menor a participar en juegos «ilícitos», término que resulta mucho más preciso que el de juegos de «interés» que se regulaba en la ley anterior.

El Artículo 406 (p. 2681) se limita al cambio relativo al término «responsabilidad parental», y la eliminación de la distinción «heterosexual u homosexual», en correspondencia con lo que se ha enunciado con antelación.

La Ley No. 151 [GOR-O (93), 2022] establece nuevas sanciones aplicables a las personas naturales que, por su naturaleza, refuerzan la posibilidad de protección a las víctimas, y muy especialmente a las del delito de corrupción de personas menores de edad, en particular las reguladas en el Artículo 30.5 (p. 2567), consistentes en las accesorias de: privación o suspensión de la responsabilidad parental, remoción de la tutela y revocación del apoyo intenso para personas con discapacidad, prohibición de frecuentar lugares determinados y o de acercamiento a la víctima, perjudicado, familiares o personas allegadas afectivamente.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Estas sanciones debidamente complementadas con las principales, como resultado del proceso de adecuación que llevan a cabo los jueces —para determinar la respuesta penal más certera, en correspondencia con las características de los hechos, los autores y las víctimas—, pueden alcanzar una mejor efectividad en el enfrentamiento de tales conductas delictivas, a la vez que se fortalece la protección a NNA de estas acciones.

IV. CONCLUSIONES

En Cuba la regulación del delito de corrupción de menores ha evolucionado en el tiempo atemperándose a las condiciones sociales, económicas y políticas, y ha transitado desde una postura de protección esencialmente sexual hacia la protección multifactorial e integral a NNA.

La Ley No. 151 [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] posee una formulación que garantiza el desarrollo integral de las personas menores de edad, y se encuentra en concordancia con la CDN (OACNU, 2014, pp. 119-146) y la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116].

El CPE contempla sanciones principales y accesorias que, debidamente combinadas, potencian la rigurosidad de la respuesta penal en el enfrentamiento de las conductas de esta naturaleza y contribuyen a la efectividad en el cumplimiento de los fines previstos para las sanciones, incluyendo la protección de los menores de edad.

V. REFERENCIAS

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Convención internacional sobre los derechos del niño. En Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 119-146.

Código de defensa social, Decreto Ley No. 802. (Abril 11, 1936). [GOR-E (108)]. MINJUS

Código penal español. (1870). *Gaceta de Madrid*, (243) . https://www.boe.es

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Dictamen No. 412. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-E (56).

Decreto-Ley No. 175. (Junio 17, 1997). GOR-E (6).

Diccionario jurídico. (2023).

González Ferrer, Y. G. (Febrero 10, 2022). Código de las familias en Cuba. ¿Por qué responsabilidad parental en lugar de patria potestad? https://www.cubadebate.cu

Ley No. 1249. (Junio 23, 1973). GOR (13), 110.

Ley No. 21, Código penal. (Marzo 1.º, 1979). GOR-O (3), 47-105.

Ley No. 62, Código penal. (2009). En Rivero García, D. y Bertot Yero, M. C. *Código penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular)*. ONBC.

Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.

Ley No. 156, Código de las familias. (Septiembre 27, 2022). GOR-O (99), 2893-2995.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Justicia y Derecho
Vol. 20, No. 36, julio-diciembre 2023
revistajd@tsp.gob.cu, revistajd.tsp.gob.cu

ÍNDICE GENERAL 2003-2023

GENERAL INDEX 2003-2023

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Editor, Departamento de Publicaciones Seriadas e Imprenta,
Tribunal Supremo Popular, Cuba

Código ORCID: 0009-0002-9037-8017

naujnomar2000@gmail.com

Resumen

Tras una minuciosa revisión de cada una de las 35 ediciones anteriores, integralmente (incluida la 26, reproducida), se relaboró la segunda versión del Índice general (2018) de *Justicia y Derecho*, proceso en el que fue necesario acometer algunas modificaciones metodológicas en la presentación de los diferentes textos por autor. Siguiendo tales adecuaciones, a la compilación 2003-2018, se le sumó todo lo publicado en los últimos años (también los trabajos que ven la luz en este número), según las materias tradicionalmente registradas hasta ahora:[1] 1. Administrativa; 2. Civil; 3. Económica; 4. Laboral; 5. Penal; y 6. General (ahora, subdividida en dos bloques).

Palabras clave: Artículos; autores; compilación; edición; fuentes documentales; índice general; informaciones; investigaciones; *Justicia y Derecho*; materia administrativa, materia civil, materia económica, materia general, materia laboral, materia penal; proceso editorial; publicaciones seriadas; referencias bibliográficas; Sistema de Tribunales; Tribunal Supremo Popular.

Abstract

After a thorough review of each of the 35 previous editions, in their entirety (including the 26th, reproduced), the second version of the

[1] En futuras ediciones del Índice, las materias numeradas con el 3 y el 4 adoptarán sus nuevas denominaciones (respectivamente: mercantil, y de trabajo y seguridad social); y, a ellas, se sumará, de manera independiente, lo relativo a los asuntos constitucionales y de familia.

General Index (2018) of Justice and Law was reworked, a process in which it was necessary to undertake some methodological modifications in the presentation of the different texts by author. Following such adjustments, everything published in recent years was added to the 2003-2018 compilation (also the works that see the light of day in this issue), according to the subjects traditionally recorded until now: 1. Administrative; 2. Civil; 3. Economic; 4. Labor; 5. Criminal; and 6. General (now subdivided into two blocks).

Keywords: *Articles; authors; compilation; edition; documentary sources; general index; information; research; Justice and Law; administrative matter, civil matter, economic matter, general matter, labor matter, criminal matter; editorial process; serial publications; bibliographic references; Court System; People's Supreme Court.*

Sumario

I. Introducción; II. Desarrollo; III. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

A partir de 2008, la revista *Justicia y Derecho* comenzó a publicar su Índice cada cinco años (de manera acumulativa, no quinquenal). En la elaboración de los dos primeros (Untoria, 2008, pp. 49-52; Rivero, 2013, pp. 121-135), solo se tomaron en cuenta los trabajos de fondo y se desdeñó gran cantidad de información colateral, también necesaria para conformar el corpus total de lo publicado en ella. Era una deuda que se debía saldar con sus realizadores, convencidos de que la revista no solo incluía artículos, comentarios y entrevistas, pues el equipo editorial aportaba otros elementos (escritos o gráficos) que enriquecían el contenido de entonces.

Por eso, la tercera versión de aquel (Rivero y Rodríguez, 2018, pp. 189-214) incluyó todo, de manera que comenzara a ser un índice *general* (no solo *temático*, como antes), lo cual constituyó una valiosa y oportuna decisión porque, a partir de 2019, los asuntos sumados allí pasaron a la decana de nuestras publicaciones (*Boletín del Tribunal Supremo Popular*) y, con el nacimiento de la revista *on line* —heredera y continuadora de la nacida en 2003, pero con una nueva concepción de contenidos—, aquellos habrían quedado fuera para siempre, por no ser incluibles

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

en un índice temático. En esencia, el hecho de haberlo convertido en *general* permite que, en su cuarta entrega (2003-2023), además de todo lo anterior, se añadan los textos de cada sección de la revista en línea y los «elementos de menor peso» que van incorporándose a ella.

Siempre que se acomete la elaboración de este tipo de compendio en una publicación, hay que definir el procedimiento, para ganar en organización y que el lector conozca, de antemano, cómo se presenta la información. A partir de este presupuesto, el autor procede según los principios que detalla a continuación:

• Sigue un orden alfabético estricto en la presentación de las materias (excepto la *general* que, por ser abrumadora, la coloca al final, subdividida en dos partes: la tradicional, con los artículos y comentarios; y Misceláneas, en la que se incluyen, informaciones y notas de diferentes tipos, sean textuales o gráficas). En todos los casos, procede por orden alfabético de autor: primero el(los) apellido(s) y, al final, la(s) inicial(es) del nombre.

• Respecto a la inclusión del autor, cuando este tiene más de un texto, las Nomas APA —seguidas aquí, en esencia— establecen que se repita el nombre de aquel (o de aquellos, si es más de uno), tantas veces como aparezca(n); sin embargo, aquí, eso sería improcedente porque no se trata solo de presentar dos o tres trabajos, entre una veintena de ellos (como generalmente sucede en las Referencias propias de un artículo), sino de un índice general en el que varios autores rebasan las 20 contribuciones (y uno llega a 64). En consecuencia, seguir aquella norma sería atiborrar demasiado el mensaje que se pretende llevar al lector con un compendio de este tipo, en el que debe primar la economía del lenguaje, evitarse las reiteraciones innecesarias y refrescar la imagen visual del corpus que se presenta. Por tanto, el compilador sigue el procedimiento tradicional que detalla a continuación:

1) Cuando hay más de un artículo de un autor, se relacionan cronológicamente. A partir del segundo, la entrada consiste en una línea que sustituye al nombre.

2) Para los casos de coautoría, el autor de origen (mediante la opción indicada), se relaciona tantas veces como textos tenga él solo y, a continuación, se incluye el colaborador que corresponda por orden alfabético, más los que sigan, variante válida para registrar al (o los) coautor(es) que tiene(n) únicamente una contribución con aquel.

3) Cuando el escritor de origen aparece acompañado, reiteradamente, por un coautor, o más: a partir de la segunda inclusión de coautoría (en cada caso), se continúa usando la línea que sustituye al primero, y el colaborador —cuyos textos también se incluyen cronológicamente— se reduce a sus iniciales (tanto los apellidos como el nombre, en pos de contribuir a la síntesis).

• Para lograr mayor brevedad en los textos, el autor abrevia el nombre de los meses (mar., jun. y dic.), emplea varias abreviaturas (particularmente, para añadir algunas acotaciones necesarias, *vid*. *infra*), excluye el nombre de la revista (porque es obvio), excepto en las fuentes bibliográficas referidas al final del Índice, y aprovecha las ventajas que ofrecen siglas, acrónimos y otras equivalencias declarados al inicio de esta entrega.

• También con el objetivo de sintetizar, en la versión precedente del Índice (2003-2018), se consideró oportuno eliminar el año editorial (incluido antes); pero resulta imprescindible retomarlo, y mantenerlo hasta la pasada entrega (35) de *Justicia y Derecho* porque, a partir de ahora, ese enunciado (identificado aquí mediante el símbolo «a.» y el número arábigo correspondiente, ambos con letra cursiva) la publicación lo asumirá como *volumen*, y es necesario conservar tal hilo conductor, cual elemento de concatenación que permita aportarle a la revista *on line* un elemento más de su sentido de continuidad.

• Siempre que el título no resulta suficientemente preciso, el compilador añade acotaciones (a veces, abreviadas) entre corchetes. Tal situación es mucho más compleja en las informaciones que aparecían en *Actualidad judicial*. En este caso, procede así: destaca en versales el nombre de la sección; relaciona, entre paréntesis, los títulos incluidos allí y, a estos, de resultar necesario, les añade tales acotaciones.

• Hay tres casos especiales:

1) En las primeras 13 ediciones, de vez en vez, se incluyó una especie de sección, denominada *Notijurídicas*, que no mantuvo sistematicidad, contenido concreto ni espacio fijo, por lo que los textos que encontraron cabida allí no se les identifica con aquella, sino, de manera independiente, según los autores (incluidos nombres colectivos, como Redacción, por ejemplo).

2) También de manera dispersa, en aquella docena de entregas, se publicaron numerosos textos (normativos, promocionales, informativos…),

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

que a veces constituían un apoyo a las esencias de la revista y otras eran simples rellenos (dadas las características del formato de entonces). La mayoría de ellos se reiteraba cada cierto tiempo. Unos y otros, el autor los recoge aquí bajo la autoría de la Redacción y los identifica plenamente en su primera (o única) aparición; cuando se repiten, a cada uno, solo le adiciona año, número y página(s) de la edición a que corresponda.

Lo recogido en el grupo 2 mantuvo sus características hasta el no. 35, pero lo correspondiente al 1, a partir del no. 15 (diciembre de 2010, ya con un nuevo formato de la publicación), se sistematizó mediante la sección Actualidad Judicial, que abandonó las escuetas y dispersas notas para incluir verdaderas informaciones (algunas bastante amplias) que, con los años, también crecieron numéricamente: las cinco iniciales llegaron a rebasar la treintena en sus últimas entregas (se mantuvo hasta la no. 32, en junio de 2019, cuando se decidió que el contenido de esa sección pasara al *Boletín del Tribunal Supremo Popular*).

Cuando se compila lo incluido en 1 (con su ampliación) y 2, más algunos otros ajustes editoriales y notas breves, necesarias según el momento, la cifra resultante rebasa las 300 contribuciones —que no pueden quedar fuera del Índice general de la revista—, a muchas de las cuales hay que añadirles acotaciones para precisar de qué tratan y ello significa un aumento considerable en la extensión de este compendio. Por esa razón, el autor decidió extraerlas del sitio que les correspondería en la Materia general y colocarlas todas al final (como Misceláneas, también por orden alfabético de autor y cronológicamente), con ciertas particularidades especiales: se recogen mediante 104 entradas, en las que el puntaje se reduce a 10 con interlineado sencillo; y, en las mencionadas acotaciones imprescindibles (no en los títulos originales), se emplean algunas abreviaturas, solo propias de este contexto, las cuales se desglosan a pie de página.[2]

3) El no. 26 (junio de 2016) —concebido como *Especial*— se reprodujo, íntegramente, en 2017, con dos elementos diferenciadores de aquel: El cintillo *Edición Especial* y la nota «A los lectores» (para expresar el

[2] *a.* (año), *aniv.* (aniversario), *Admón.* (administración), *Comunic.* (comunicación), *compil.* (compilación), *cp.* (contraportada), *ed. esp.* (edición especial), *EIJD* (Encuentro Internacional Justicia y Derecho), *entrev.* (entrevista), *Fac.* (Facultad), *Interm.* (Intermedio), *Intern.* (internacional), *LH* (La Habana), *no.* (número), *Pop.* (Popular), *r/cp* (reverso de contraportada), *reprod.* (reproducción), *r/p* (reverso de portada), *Rev.* (revista), *Semin.* (Seminario), *TP* (tribunales populares), *STP* (Sistema de Tribunales Populares), *Trib.* (Tribunal), *Sup.* (Supremo-a), *UH* (Universidad de La Habana).

porqué de esa necesidad), la cual desplazó la paginación de los artículos en la nueva entrega. En consecuencia, ahora, los investigadores disponen de dos fuentes con iguales contenido y datos editoriales, pero distintas localizaciones; y como es imposible predecir cuál de las dos revistas se consultará, no sería enteramente serio ofrecer solo las páginas en las que aquellos aparecieron por primera vez. Por eso, cuando el autor describe un artículo de la versión original, en lo correspondiente a los elementos complementarios [siempre entre corchetes (por existir paréntesis interiores), añade las coordenadas correspondientes a la otra, con el siguiente proceder: tras indicar su ubicación inicial, coloca punto y coma (;), y suma: en reprod., más su nuevo paginado].

Quien redacta estas líneas introductorias decidió precisar los detalles precedentes para orientar a los lectores acerca del procedimiento seguido en este compendio general (con 522 artículos y comentarios, y 326 informaciones o notas) de lo publicado por *Justicia y Derecho* en los años precedentes (localizable, mediante pdf), y en pos de engarzar todo aquello con el universo editorial de la naciente revista *on line*.

II. DESARROLLO

Materia administrativa

Carrasco Casí, M. C. (Dic. 2006). Acceso a la justicia en el Derecho administrativo. [*a. 4* (7), 20-28].

_____. (Jun. 2009). Razones que sustentan un procedimiento común. [*a. 7* (12), 7-13].

Díaz Tenreiro, C. M. (Jun. 2014). Apuntes sobre el procedimiento administrativo. [*a. 12* (22), 50-69].

_____. y Andux Alfonso, R. A. (Dic. 2020). De la salvaguardia cierta a la solicitud de protección jurisdiccional. [*a. 18* (34), 5-23].

García Moreno, D. A. (Jun. 2016). El acceso a la justicia en materia administrativa. [*a. 14* (26), 159-178; en reprod., 161-180].

Márquez García, L. (Jun. 2016). Impropia manifestación de la potestad administrativa sancionadora. [*a. 14* (26), 190-211; en reprod., 192-213].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Olivarez Gainza, Y. (Dic. 2019). La buena administración como principio del Derecho administrativo: su control judicial en Cuba. [*a. 17* (33), 111-134].

_____. (Jun. 2021). Tres condicionantes para el rediseño de una nueva justicia administrativa cubana. [*a. 19* (35), 74-88].

Pérez Hernández, L. (Jun. 2016). El coadyuvante de la administración. [*a. 14* (26), 179-189; en reprod., 181-191].

Richards Martínez, O. y Olivarez Gainza, Y. (Dic. 2023). Configuración del procedimiento administrativo común desde la interpretación judicial. [*20*(36), 215-238].

Rigñack Fonseca, N. (Jun. 2016). El control judicial de la potestad discrecional. [*a. 14* (26), 212-236; en reprod., 214-238].

Valdés Rosabal, K. M. (Jun. 2014). Control judicial del ejercicio de la potestad discrecional de la administración. [*a. 12* (22), 70-86].

Materia civil

Acosta Ricart, M. (Dic. 2010). El juez ponente en el proceso civil cubano [*a. 8* (15), 60-73].

_____. (Jun. 2017). La simulación como causal de ineficacia de los actos jurídicos. [*a. 15* (28), 63-76].

Ajete Pidorych, F. (Jun. 2019). El cambio sobrevenido de circunstancias en sede testamentaria. [*a. 17* (32), 92-109].

Alfaro Guillén, Y. (Jun. 2012). Autonomía de la sucesión legitimaria. [*a. 10* (18), 99-123].

_____. (Jun. 2017). Presupuestos dogmáticos para un nuevo enfoque de los efectos de la preterición (I). [*a. 15* (28), 77-104].

_____. (Dic. 2017). Presupuestos dogmáticos para un nuevo enfoque de los efectos de la preterición (II, final). [*a. 15* (29), 125-167].

Álvarez-Tabío Albo, A. M. (Jun. 2003). El juez activo en el proceso civil. [*a. 1* (1), 35-39].

_____. (Dic. 2023). Nuevos retos de la justicia familiar: adopción y compensación económica. [*20*(36), 13-40].

Andux Alfonso, R. A. (Dic. 2007). Régimen cautelar y efectividad de sentencias. [*a. 5* (9), 20-27].

Aquino Marín, M. (Dic. 2014). Valoración judicial de la *testamentifactio* activa. [*a. 12* (23), 122-129].

Arredondo Suárez, I. I. (Jun. 2007). La casación civil en la ley procesal. [*a. 5* (8), 36-40].

_____. (Jun. 2010). ¿Principios generales del Derecho en el sistema de fuentes? [*a. 8* (14), 39-53].

_____ y González García, O. (Dic. 2009). La revisión civil y administrativa conforme al Decreto-Ley 241/06. [*a. 7* (13), 10-15].

Barroso Bueno, A. (Dic. 2011). La curatela como institución de guarda. [*a. 9* (17), 93-110].

Bautista Gutiérrez, L. de las M. (Dic. 2011). Práctica y reflexiones sobre la Instrucción No. 187 de 2007. [*a. 9* (17), 64-74].

_____ y Valdés Ibargollín, M. A. (Dic. 2016), Tratamiento de la zona de desarrollo próximo, en sede judicial familiar. [*a. 14* (27), 139-154].

Calzadilla Rodríguez, L. M. y Torga Hernández, N. (Dic. 2018). Regulación de las capitulaciones matrimoniales en el Derecho familiar cubano. [*a. 16* (31), 188-203].

Collado Betancourt, J. A. (Jun. 2013). La revocabilidad del reconocimiento filiatorio en el testamento notarial. [*a. 11* (20), 78-95].

De Posada León, D. y Morales Álvarez, J. (Dic. 2018). Tratamiento legal a los derechos patrimoniales de los menores de edad. [*a. 16* (31), 175-187].

Delgado Vergara, T. (Dic. 2015). Breve aproximación a la naturaleza jurídica del cumplimiento. [*a.13* (25), 162-169].

_____. (Jun. 2017). El contrato de compraventa de vivienda en Cuba. [*a. 15* (28), 105-124].

Díaz Tenreiro, C. M. (Jun. 2003). Apuntes sobre la legitimación. [*a. 1* (1), 4-19].

_____. (Mar. 2006). Ejecución de las sentencias. [*a. 4* (6), 43-50].

_____. (Dic. 2008). El concepto de infracción en el recurso de casación. [*a. 6* (11), 3-7].

_____ y Alfaro Guillén, Y. (Jun. 2015). Bases generales para la reforma del proceso civil en Cuba. [*a. 13* (24), 3-27].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

_____ y A. G., Y. (Dic., 2016). ¿Desigualdades económicas en el proceso familiar en Cuba? [*a. 14* (27), 31-44].

_____ y A. G., Y. (Dic. 2017). Régimen jurídico del contrato de compraventa de vivienda en Cuba. [*a. 15* (29), 100-124].

Gómez Montero, Y. (Jun. 2011). Representación de la persona jurídica [Legislación civil]. [*a. 9* (16), 100-119].

González García, O. (Mar. 2006). Naturaleza jurídica de la revisión civil. [*a. 4* (6), 38-42].

_____. (Jun. 2010). Práctica judicial garantista de los derechos de los justiciables [casación civil de oficio]. [*a. 8* (14), 54-69].

_____. (Jun. 2011). Tendencias más recientes de la jurisprudencia cubana [protección de la propiedad intelectual]. [*a. 9* (16), 3-11].

González Jaramillo, M. M. (Jun. 2012). Prescripción adquisitiva. [*a. 10* (18), 131-144].

Guerra Caballero, S. (Dic. 2011). El juez en la determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación. [*a. 9* (17), 86-92].

Infante Ruiz, L., Escalona Fernández de la Vega, M. de los Á. y Ojeda Rodríguez, N. de la C. (Jun. 2021). Los contratos de prestación de servicios personales en Cuba: un giro del administrativo al civil. [*a. 19* (35), 119-142].

Javier Muñoz, D. (Dic. 2014). Tratamiento legal de las servidumbres en Cuba. [*a. 12* (23), 130-140].

Jerez Marimón, S. (Jun. 2007). Responsabilidad civil proveniente del delito. [*a. 5* (8), 55-65].

Jiménez Ortega, D. (Jun. 2015). La obligación de dar alimentos al adulto mayor. [*a. 13* (24), 58-70].

Juliet Rodríguez, B. M. (Jun. 2004). Nulidad absoluta del acto jurídico. [*a. 2* (3), 28-33].

León Rivas, J. F. (Dic. 2005). La protección posesoria en el ámbito jurisdiccional. [*a. 3* (5), 52-63].

_____ y Urra Álvarez, O. (Dic. 2011). El efecto jurídico patrimonial en las uniones de hecho. [*a. 9* (17), 133-153].

López Sánchez, M. (Jun. 2013). Relatividad del principio dispositivo respecto a la actuación del juez civil. [*a. 11* (20), 60-66].

Machín Acosta, D. (Dic. 2009). Determinación del domicilio de la persona natural. [*a. 7* (13), 27-35].

Macías Vega, D. (Jun. 2021). La familia ensamblada cubana. [*a. 19* (35), 172-195].

Marcheco Acuña, B. (jun. 2015). La tutela cautelar en lo contencioso-administrativo. [*a. 13* (24), 71-89].

Méndez García, T. A. (Jun. 2012). Alcance del proceso sumario de alimentos para el adulto mayor. [*a. 10* (18), 145-160].

Mendoza Díaz, J. (Dic. 2005). La prueba en el proceso civil. [*a. 3* (5), 38-51].

_____ y Díaz Tenreiro, C. M. (Dic. 2011). Una mirada crítica a algunos medios de impugnación [Proceso civil]. [*a. 9* (17), 3-30].

Montejo Rivero, J. y Hernández Sosa, L. M. (Jun. 2011). Aproximación a la definición de interés superior del niño. [*a. 9* (16), 82-87].

Mustelier Armiñán, J. (Jun. 2019). El proceso monitorio civil. [*a. 17* (32), 76-91].

Nodarse Palacio, A. y Castro Pérez, M. (Dic. 2020). La violencia intrafamiliar vista desde la regulación jurídica. [*a. 18* (34), 128-143].

Pereira Ruiz, G. (Dic. 2011). El reconocimiento de unión matrimonial no formalizada. [*a. 9* (17), 111-132].

Pérez Bernal, M. (Dic. 2008). La nulidad absoluta de los actos jurídicos. [*a. 6* (11), 32-35].

_____. (Jun. 2019). El juez cubano y la cultura de la paz en el entorno civil. [*a. 17* (32), 40-56].

_____. (Dic. 2023). Juzgar con perspectiva de género: Apuntes para un enfoque necesario. [*20*(36), 63-83].

Pérez Gallardo, L. B. (Dic. 2010). La nulidad instrumental desde la perspectiva del TSP. [*a. 8* (15), 39-59].

_____. (Dic. 2012). Administración, por no progenitores, de bienes atribuidos a menores. [*a. 10* (19), 82-106].

_____. (Dic. 2016). Pensión por jubilación o viudedad y el derecho a la legítima asistencial. [*a. 14* (27), 102-115].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

_____. (Dic. 2017). Restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica. [*a. 15* (29), 168-192].

_____. (Jun. 2018). Restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica y establecimiento de apoyos *en función de asistencia*... [*a. 16* (30), 131-161].

Pérez Gutiérrez, I. (Dic. 2012). La tutela cautelar en el proceso civil cubano. [*a. 10* (19), 107-125].

_____. (Dic. 2023). Un régimen cautelar para las personas y las familias. [*20*(36), 174-197].

_____ y Hierro Sánchez, L. A. (Jun. 2017). La prohibición de indefensión: elemento esencial de la tutela judicial efectiva. [*a. 15* (28), 125-150].

Pimentel Rueda, C. K. y Peña Palomino, G. (Jun. 2011). Derechos y garantías de los terceros [proceso civil]. [*a. 9* (16), 120-127].

Ramírez Núñez, A. (Jun. 2014). Las medidas cautelares en la determinación de guarda y cuidado. [*a. 12* (22), 122-143].

Rodríguez Moreno, I. (Jun. 2021). Las familias cubanas en el contexto legislativo y judicial actual. [*a. 19* (35), 156-171].

Ruiz Gil, Y. (Jun. 2018). Consideraciones en torno al derecho al complemento del legitimario. [*a. 16* (30), 105-113].

Sánchez Cantillo, H. (Jun. 2007). Nulidad de los actos jurídicos. [*a. 5* (8), 41-54].

Saucedo Pérez, F. M. (Jun. 2008). Regulación en nuestro ordenamiento jurídico civil [hipoteca mobiliaria]. [*a. 6* (10), 8-13].

Serrano Ruiz, Y. A. (Dic. 2016). El ocupante y su confrontación con el derecho del heredero. [*a. 14* (27), 116-138].

Torriente Hidalgo, Y. (Jun. 2012). La oralidad en el proceso civil. [*a. 10* (18), 124-130].

Valdés Díaz, C. C. (Jun. 2011). La capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad (I). [*a. 9* (16), 12-43].

_____. (Dic. 2011). La capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad (II, final). [*a. 9* (17), 38-63].

Valdés Rosabal, K. M. (Jun. 2015). Gradación de la capacidad restringida en el Derecho civil cubano. [*a. 13* (24), 28-36].

_____. (Dic. 2019). En pos de una tutela judicial efectiva a las personas con discapacidad. [*a. 17* (33), 65-80].

_____. (Dic. 2023). La capacidad jurídica civil en el nuevo modelo procesal. [*20*(36), 123-155].

Vento Canosa, E. (Jun. 2015). El método morfológico en el conflicto filiatorio. [*a. 13* (24), 37-57].

Vento Domínguez, A. (Dic. 2012). La acción subrogatoria como protección al derecho de crédito. [*a. 10* (19), 126-141].

Villegas Oviedo, Y. C. (Jun. 2013). El fiscal en el proceso civil. [*a. 11* (20), 67-77].

Materia económica

Álvarez Guerra, O. (Jun. 2012). La carta de crédito: ¿Un título ejecutivo? [*a. 10* (18), 161-172].

Andux Alfonso, R. A. (Jun. 2014). De un proceso ejecutivo a otro [Instrucción No. 215]. [*a. 12* (22), 105-110].

_____. (Jun. 2017). Consideraciones sobre el proceso ejecutivo y la cuestión cautelar. [*a. 15* (28), 3-10].

_____. (Dic. 2017). La responsabilidad resarcitoria en sede cautelar. [*a. 15* (29), 8-17].

Antúnez Rodríguez, A. (Dic. 2023). La sanción pecuniaria por incumplimiento de obligación económico-contractual. [*20*(36), 622-638].

Bielsa Palomo, A. (Dic. 2020). El contrato de transporte de carga. [*a. 18* (34), 79-97].

_____. (Dic. 2023). La prescripción de la acción en el contexto mercantil. [*20*(36), 198-214].

Borges Iznaga, D. M. y Rodríguez López, D. (Jun. 2013). La audiencia preliminar en el proceso económico. [*a. 11* (20), 102-105].

Bruzón Oropeza, F. E. y Martínez Gandol, L. (Jun. 2018). Perfeccionamiento jurídico del contrato de suministro de productos agropecuarios. [*a. 16* (30), 90-104].

Calvo Quevedo, Y. y Méndez García, T. A. (Jun. 2017). El contrato de producción cooperada ante la inversión extranjera. [*a. 15* (28), 11-23].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Castañeda Delgado, N. M. (Dic. 2003). Las relaciones inter empresariales [*sic*]: ¿colaboración o litigio? [*a. 1* (2), 21-24].

Castillo Hernández, L I. y Machín Acosta, D. (Jun. 2011). Función saneadora de la audiencia preliminar. [*a. 9* (16), 88-99].

Cobo Roura, N. A. (Jun. 2003). Racionalidad normativa y corrupción. [*a. 1* (1), 40-48.

_____. (Jun. 2008). Apuntes sobre intereses moratorios. [*a. 6* (10), 3-7].

Elizalde Almeida, I. y Venegas Pentón, M. Á. (Jun. 2014). El estado de insolvencia de las entidades estatales. [*a. 12* (22), 111-121].

Fournier Duharte, N. (Dic. 2009). La función conciliadora en la audiencia preliminar [procedimiento económico cubano]. [*a. 7* (13), 16-19].

_____, Ríos Ibar, Y. y Breto Lores, Y. (Dic. 2006). El daño ambiental a la luz de la justicia económica cubana. [*a. 4* (7), 53-58].

Góngora García, Y. (Dic. 2010). La insolvencia patrimonial en la jurisdicción económica cubana. [*a. 8* (15), 94-104].

González Escalona, Y. (Dic. 2015). La unidad empresarial de base y el acceso a la justicia. [*a. 13* (25), 132-148].

Hernández Díaz, L. (Dic. 2016). La ejecución forzosa: una mirada desde la jurisdicción de lo económico. [*a. 14* (27), 59-82].

López Martí, M. M. (Jun. 2018). El incumplimiento de planes de transportación, visto desde el ámbito judicial. [*a. 16* (30), 73-89].

Méndez García, T. A. (Dic. 2019). La disolución y liquidación de cooperativas en Cuba: solución de conflictos en sede judicial. [*a. 17* (33), 158-170].

Peña Lorenzo, T. (Dic. 2018). La nacionalidad del laudo arbitral. [*a. 16* (31), 127-139].

Pérez Suárez, E. (Jun. 2004). La justicia económica en el sistema judicial cubano: Breve reseña. [*a. 2* (3), 4-10].

_____. (Jun. 2007). Hermanos de alma [delito económico y corrupción]. [*a. 5* (8), 33-35].

_____. (Dic. 2008). Percepción del delito y otras violaciones. [*a. 6* (11), 8-11].

Pino Martínez, Y. (Jun. 2015). Disolución y liquidación judicial de algunas modalidades de la inversión extranjera. [*a. 13* (24), 98-113].

_____ y Bielsa Palomo, A. (Dic. 2019). La empresa estatal como sujeto esencial: responsabilidad contractual. [*a. 17* (33), 88-98].

Prendes Lima, P. (Dic. 2006). El territorio en la función jurisdiccional de lo económico. [*a. 4* (7), 59-65].

_____. (Dic. 2012). Justicia y educación ambiental. [*a. 10* (19), 149-157].

Rosario López, L. S. (Jun. 2010). La cosa juzgada en el Derecho ambiental. [*a. 8* (14), 147-166].

Santos Díaz, I. T. (Jun. 2009). Regulación de la tributación ambiental. [*a. 7* (12), 19-31].

Torres Hidalgo, M. C. (Dic. 2014). Tratamiento a los daños y perjuicios en la nueva legislación económica. [*a. 12* (23), 106-121].

Valcárcel Gómez, L. (Dic. 2014). La sanción pecuniaria. [*a. 12* (23), 95-105].

Vicente Hernández, I. (Dic. 2008). La integración en el Derecho contractual cubano. [*a. 6* (11), 21-31].

Vigil Iduate, A. (Jun. 2019). El contrato de seguro agropecuario: comentarios a dos sentencias del TSP. [*a. 17* (32), 142-161].

Materia laboral

Aguilar Pascaud, V. (Jun. 2012). Apuntes sobre la jurisdicción laboral en Cuba. [*a. 10* (18), 22-30].

_____. (Dic. 2016). La división sexual del trabajo y el enfoque de género. [*a. 14* (27), 45-58].

_____. (Dic. 2017). Desafíos actuales de la jurisdicción del trabajo. [*a. 15* (29), 3-7].

_____. (Dic. 2018). Las cooperativas de trabajo asociado: interrogantes y respuestas. [*a. 16* (31), 159-174].

Aldana Medero, Y. (Jun. 2017). Visión teórica y judicial del derecho de seguridad social. [*a. 15* (28), 48-62].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Box Naranjo, L. E. (Jun. 2008). Protección jurídica al discapacitado. [*a. 6* (10), 14-18].

Cabrera González, N. (Jun. 2016). Garantía del derecho constitucional al trabajo. [*a. 14* (26), 237-257; en reprod., 239-259].

Collazo Rodríguez, L. (Dic. 2014). La invalidez laboral en sede judicial. [*a. 12* (23), 141-151].

Cuadra Núñez, A. J. (Dic. 2023). Diálogo entre género, empleo, igualdad y no discriminación. [*20*(36), 41-62].

Díaz Rivera, Ch. (Dic. 2007). Tratamiento jurídico-laboral del sector deportivo cubano. [*a. 5* (9), 38-45].

Domínguez Suárez, I. y García Bueno, D. (Jun. 2004). Breve análisis del daño moral en la legislación laboral cubana vigente. [*a. 2* (3), 16-18].

Ernand Collazo, I. (Jun. 2015). La mayoría de edad en el sistema de Derecho cubano. [*a. 13* (24), 166-174].

Fernández Toledo, A. (Jun. 2017). Presupuestos para el acierto judicial en torno a la prueba laboral en Cuba. [*a. 15* (28), 24-47].

_____. (Jun. 2018). La lupa sobre la relación jurídica de trabajo en Cuba. [*a. 16* (30), 54-72].

_____. (Jun. 2019). La aplicación de los tratados internacionales en la jurisdicción laboral nacional. [*a. 17* (32), 3-26].

_____. (Dic. 2020). La tutela judicial frente al acoso en el trabajo en Cuba. [*a. 18* (34), 98-115].

_____. (Jun. 2021). Apuesta por un acceso efectivo a la justicia del trabajo. [*a. 19* (35), 54-73].

_____. (Dic. 2023). La solución de conflictos del trabajo: Aciertos e imperfecciones. [*20*(36), 239-269].

Ferriol Molina, G. (Dic. 2018). El Derecho y la justicia del trabajo en los escenarios económicos. [*a. 16* (31), 140-158].

Hernández Gil, M. (Jun. 2013). La ejecución de las sentencias laborales en la legislación. [*a. 11* (20), 96-101].

Ima Paz, A. (Dic. 2012). Representación de las partes en el proceso laboral. [*a. 10* (19), 142-148].

Méndez González, G. (Dic. 2010). La prohibición de la *reformatio in peius* en el proceso laboral cubano. [*a. 8* (15), 74-82].

Morales González, N. (Dic. 2006). Necesaria autonomía del procedimiento laboral en Cuba. [*a. 4* (7), 42-52].

_____. (Jun. 2010). Reflexión sobre la viabilidad de la mediación en Cuba [Conflictos laborales]. [*a. 8* (14), 137-146].

_____ y Fernández Toledo, A. (Jun. 2014). Antinomia y desregulación en el Derecho laboral cubano: la función integradora del juez. [*a. 12* (22), 87-104].

Mojena González, A. Y. (Dic. 2023). Diálogo necesario en clave de conciliación. [*20*(36), 408-428].

Pimentel Rueda, C. K. (Jun. 2015). Procedimiento judicial de la seguridad social a largo plazo. [*a. 13* (24), 90-97].

Rivera Viñas, A. M., Rodríguez Cruz, L. y Díaz Pendás, M. M. (Dic. 2004). El Derecho laboral y el Derecho penal, interrelación e independencia. [*a. 2* (4), 16-18].

Materia penal

Abréu García, C. A. (Dic. 2007). Cuestionamiento limitado de los hechos en la casación [Ley procesal penal militar]. [*a. 5* (9), 12-19].

Álvarez Anca, A. L. (Jun. 2015). El examen clínico por ingestión de bebidas alcohólicas. [*a. 13* (24), 140-151].

Azanza Rabeiro, N. A. (Jun. 2008). El medio ambiente en la regulación penal cubana. [*a. 6* (10), 19-28].

Batista Ojeda, M. E. (Dic. 2007). Valoración de la prueba de los coimputados. [*a. 5* (9), 28-34].

Batista Veranes, P. (Dic. 2010). Comentario sobre una polémica sentencia. [*a. 8* (15), 136-137].

Benavides Gómez, H. R. y López Rojas, D. G. (Dic. 2012). La atenuante de obrar bajo la influencia de amenaza o coacción. [*a. 10* (19), 58-68].

Bertot Yero, M. C. (Dic. 2011) Acerca de una propuesta de redacción [Sentencia penal]. [*a. 9* (17), 31-37].

_____. (Dic. 2015). El pensamiento penal y procesal penal de Danilo Rivero García. [*a. 13* (25), 115-119].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

_____. (Dic. 2019). ¿Por qué no integra el delito de falsificación de sellos y efectos timbrados? [Alteración de no./serie (carrocería y motor)/vehículo] [*a. 17* (33), 81-87].

_____ y López Rojas, D. G. (Jun. 2010). Otra mirada en torno a la correlación penal. [*a. 8* (14), 70-99].

_____ y L. R, D. G. (Jun. 2014). El delito de receptación en la práctica judicial cubana. [*a. 12* (22), 31-49].

_____ y L. R, D. G. (Dic. 2014). El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple. [*a. 12* (23), 13-44].

_____ y L. R, D. G. (Dic. 2017). Reflexiones sobre la eximente de legítima defensa. [*a. 15* (29), 36-52].

_____ y Bertot Triana, H. (Jun. 2019). Aproximación a la *actio libera in causa*. [*a. 17* (32), 27-39].

Carrasco Espinach, L. M. (Dic. 2005). Política penal, racionalidad y fundamentación de la sentencia. [*a. 3* (5), 7-18].

_____. (Jun. 2008). Casación, motivación de sentencia y racionalidad. [*a. 6* (10), 39-47].

Casas Zayas, F. A. (Dic. 2023). La tutela judicial efectiva en el proceso penal. [*20*(36), 387-407].

Castillo Delgado, Y. (Dic. 2012). La dinámica defraudadora en el delito de estafa. [*a. 10* (19), 45-57].

Corrales Ponce, D. A. (Dic. 2023). La corrupción de menores en el ordenamiento jurídico nacional. [*20*(36), 639-655].

Díaz Campa, L. M. (Dic. 2016). El tratamiento legal de las nulidades en el proceso penal. [*a. 14* (27), 171-183].

Enríquez Guerra, C. (Jun. 2003). ¿Justicia o impunidad? [Tribunal Penal Internacional]. [*a. 1* (1), 20-23].

Fernández Romo, R. (Jun. 2004). El principio de contradicción del proceso penal. [*a. 2* (3), 11-15].

_____. (Dic. 2005). Principio de contradicción *versus* mecanismos de negociación de la pena… [*a. 3* (5), 19-24].

Fernández Toledo, A. (Dic. 2004). El terrorismo internacional. Una reflexión de nuestro tiempo. [*a. 2* (4), 11-15].

_____. (Dic. 2010). Principio de congruencia en el procedimiento sumario. [*a. 8* (15), 105-115].

Fuentes Águila, M. R. y Bailly Rodríguez, E. (Dic. 2006). La motivación de la sentencia como acto de justicia y creación. [*a. 4* (7), 13-19].

_____, Roque Rodríguez, Y. S., Cabrera Bermúdez, G. y González Hernández, E. (Dic. 2009). El elemento subjetivo en el delito de corrupción de menores. [*a. 7* (13), 3-9].

_____ y Quiala Artímez, F. (Dic. 2010). Hacia una justicia reparadora y de prevención especial. [*a. 8* (15), 34-38].

_____ y Carrasco Espinach, L. M. (Jun. 2013). Recurso de casación y gravamen. [*a. 11* (20), 17-36].

García Fernández, A. (Dic. 2017). La responsabilidad penal de los acusados con trastornos de la personalidad. [*a. 15* (29), 72-85].

_____ y Reyna López, Y. (Jun. 2021). Una propuesta para perfeccionar el tratamiento jurídico-penal a los trastornos de la personalidad. [*a. 19* (35), 102-118].

García Clark, Y. (Dic. 2020). Particularidades de la trata de personas en Cuba. [*a. 18* (34), 162-173].

García Ruiz, J. R. (Dic. 2023). Precisiones acerca de la Ley de ejecución penal. [*20*(36), 353-386].

_____ y Vasallo Olivera, K. (Dic. 2020). Bases para el tratamiento legal a las nulidades de los actos defectuosos. [*a. 18* (34), 24-43].

Goite Pierre, M. (Mar. 2006). La malversación desde una perspectiva legislativa. [*a. 4* (6), 26-31].

_____ y Palencia Núñez, M. (Dic. 2023). El «deber de cuidado objetivo»: Mirada doctrinal pertinente para Cuba. [20(36), 468-501].

Gómez Guerra, I. (Dic. 2014). El asesinato en el ordenamiento penal cubano. [*a. 12* (23), 76-94].

_____. (Dic. 2023). Tratamiento jurídico-penal actual a la víctima. [*20*(36), 551-565].

_____ y Rodríguez González, N. (Jun. 2015). El delito sexual y la libre valoración de pruebas. [*a. 13* (24), 129-139].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Gómez Pérez, A. (Dic. 2023). Justicia restaurativa y diversificación judicial en contexto. [*20*(36), 597-621].

González Hernández, E. (Jun. 2007). Autoría y participación en el Código penal. [*a. 5* (8), 27-32].

Gozá Valdés, D. (Dic. 2017). La prevención del lavado de activos en Cuba: ¿meramente situacional? [*a.* 15 (29), 86-99].

_____. (Dic. 2018). Diseño institucional cubano del sistema antilavado de activos. [*a. 16* (31), 76-90].

Hernández de Armas, G. M. y Peguero Pérez, V. J. (Jun. 2013). Tratamiento casacional a la responsabilidad civil. [*a. 11* (20), 37-40].

_____. (Jun. 2017). Renunciabilidad de la acción civil resarcitoria en el proceso penal cubano. [*a. 15* (28), 151-160].

Hernández Infante, G. P. (Dic. 2007). ¿Ignorancia, olvido o mala fe? [Orden No. 92/1899]. [*a. 5* (9), 37].

Hernández Rodríguez, R. de la C. (Jun. 2003). Matices y realidades de la corrupción. [*a. 1* (1), 24-34].

_____. (Jun. 2014). La necesidad de incorporar el principio de oportunidad al proceso penal cubano. [*a. 12* (22), 11-30].

_____. (Dic. 2020). Derecho penal y conflicto social. [*a. 18* (34), 58-78].

_____. (Dic. 2023). El principio de oportunidad: Un antes y un después [*20*(36), 502-535].

Iriarte Hernández, T. (Dic. 2015). La revictimización de menores, víctimas de delitos sexuales. [*a. 13* (25), 120-131].

López Gavilán, C. J. (Jun. 2011). La reparación del daño moral ante un ilícito penal. [*a. 9* (16), 140-150].

López Rojas, D. G. (Jun. 2012). Lo circunstancial en los delitos imprudentes. [*a. 10* (18), 62-74].

Machado Álvarez, A. (Dic. 2023). La apelación en el proceso penal cubano. [*20*(36), 290-318].

Maier, J. B. (Jun. 2003). El recurso como garantía del Derecho. [*a. 1* (1), 49-56].

Martínez Cruzata, D. (Dic. 2016). La justificación del error de prohibición en el Derecho penal. [*a. 14* (27), 155-170].

Martínez Remigio, Z. (Dic. 2005). Presunción de inocencia en el proceso penal. [*a. 3* (5), 25-30].

_____. (Dic. 2007). Consideraciones acerca de la prueba indiciaria. [*a. 5* (9), 46-62].

_____. (Dic. 2014). Referencia a la prueba en el proceso penal. [*a. 12* (23), 58-75].

Matos Hidalgo, L. y Antúnez Sánchez, A. (Jun. 2019). La protección del crimen ambiental. [*a. 17* (32), 110-129].

Medina Cuenca, A. (Jun. 2004). Los delitos contra el tráfico ilícito de personas, desde una perspectiva cubana. [*a. 2* (3), 38-48].

Mejías Rodríguez, C. A. (Jun. 2007). La alevosía en nuestro Derecho penal. [*a. 5* (8), 4-16].

_____. (Dic. 2010). Ámbito procesal del Derecho penal económico en Cuba. [*a. 8* (15), 116-135].

_____. (Jun. 2013). Estrategias, necesidades y urgencias del Derecho penal económico. [*a. 11* (20), 41-59].

Milanés Torres, M. E. (Jun. 2009). Estudio y aplicación de la atenuante del Artículo 52 ch. [*a. 7* (12), 14-18].

_____. (Dic. 2015). El principio de prohibición del doble juzgamiento penal. [*a. 13* (25), 100-114].

_____. (Dic. 2018). La prueba en el delito de lavado de activos. [*a. 16* (31), 56-77].

_____ y Cabrera Bermúdez, G. (Jun. 2011). La mujer en la administración de justicia en Cuba. [*a. 9* (16), 44-57].

Molina Rodríguez, O. E., Gómez Guerra, I. J. y Jerez Marimón, S. M. (Jun. 2021). La prisión provisional y el hábeas corpus: un binomio necesitado de análisis. [*a. 19* (35), 29-53].

Navarro Hernández, R., Campos Jardines, M. del C., Reyes Santamaría, Y. y Domínguez Reyes, D. G. (Dic. 2019). Garantía del derecho a la libertad y a la seguridad personal: el hábeas corpus. [*a. 17* (33), 135-157].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Pérez Duharte, A. (Dic. 2023). Violencia de género: Entre vigilar y castigar. [*20*(36), 84-107].

Pérez Pérez, P. A. (Dic. 2003). El proceso de medición de la pena desde la perspectiva procesal. [*a. 1* (2), 25-37].

Pérez Rodríguez, B. (Jun. 2021). El principio de seguridad jurídica en el ámbito de la valoración de la prueba. [*a. 19* (35), 143-155].

Porven Hondares, Y. (Dic. 2011). La regulación penal del delito informático. [*a. 9* (17), 75-85].

Poveda Buitrago, N. y Goite Pierre, M. (Dic. 2023). Sanciones aplicables a las personas jurídicas: El fin preventivo a debate. [*20*(36), 566-582].

Quinta Arango, Y. (Dic. 2009). Respaldo jurídico-penal al sistema contravencional, ¿necesidad o exceso? [a*. 7* (13), 22-26].

_____. (Jun. 2011). Incumplimiento de obligaciones contravencionales. [*a. 9* (16), 128-139].

_____. (Jun. 2012). Justicia eficaz contra el abuso sexual infantil. [*a. 10* (18), 49-61].

_____. (Dic. 2020). Consideraciones sobre la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad. [*a. 18* (34), 116-127].

Quintero Silverio, O. (Dic. 2005). Eutanasia, ¿opción ética o delito? [*a. 3* (5), 31-37].

_____. (Dic. 2012). Casación y cuestionamiento de los hechos: ¿quimera o realidad? [*a. 10* (19), 18-34].

_____. (Dic. 2023). Tratamiento jurídico a los menores en conflicto con la ley penal. [*20*(36), 108-122].

_____ y Rodríguez Hernández, J. F. (Dic. 2009). La vida como límite trascendente al Derecho. [*a. 7* (13), 20-21].

_____ y Cabrera Bermúdez, G. (Jun. 2012). Reincidencia y multirreincidencia en la práctica judicial cubana. [*a. 10* (18), 31-48].

_____ y Vasallo Olivera, K. (Jun. 2018). El lavado de activos desde la perspectiva judicial cubana. [*a. 16* (30), 19-33].

Recio Martínez, E., Miranda Milord, M. M. y Casas Pérez, A. (Jun. 2015). La exploración del menor. [*a. 13* (24), 152-165].

Reina Batlle, R. (Dic. 2012). La imparcialidad de los jueces en el proceso penal. [*a. 10* (19), 35-44].

_____. (Dic. 2023). Aproximación al nuevo proceso penal militar. [*20*(36), 583-596].

Reyna López, Y. (Jun. 2010). Para un adecuado tratamiento al delito imprudente. [*a. 8* (14), 100-126].

Reyes Morales, J. M. (Dic. 2023). Aplicación judicial de los tratados internacionales. [*20*(36), 156-173].

Rivero García, D. (Jun. 2008). Redacción de la sentencia penal. [*a. 6* (10), 29-38].

_____. (Dic. 2008). ¿Espontánea confesión o ayuda al esclarecimiento? [*a. 6* (11), 36-42].

_____. (Jun. 2012). Comentarios en torno a la Instrucción No. 211. [*a. 10* (18), 87-98].

Rojas Álvarez, C. R.; Bernal Capote, Y. de la C.: y Rodríguez González, N. (Jun. 2004). La adecuación de sanciones en los delitos de homicidio en ocasión de conducir vehículos por las vías públicas. [*a. 2* (3), 34-37].

_____ y Bernal Capote, Y. de la C. (Dic. 2018). La víctima en el ordenamiento jurídico cubano. [*a. 16* (31), 91-107].

Rodríguez Abella, M. (Dic. 2014). La malversación como fenómeno de la corrupción administrativa. [*a. 12* (23), 45-57].

Sáez Hidalgo, V. (Dic. 2006). La mediación, posible respuesta a conflictos penales. [*a. 4* (7), 10-12].

Santana Echerri, A. de F. (Dic. 2017). El delito de evasión fiscal en sede judicial. [*a. 15* (29), 18-35].

_____. (Jun. 2018). El delito de incumplimiento del deber de preservar bienes en entidades económicas. [*a. 16* (30), 34-53].

_____ y Betancourt Peña, T. (Dic. 2015). Las penas subsidiarias de la privación de libertad. [*a. 13* (25), 81-99].

_____ y B. P., T. (Dic. 2019). Apuntes sobre la importancia de la argumentación judicial. [*a. 17* (33), 99-110].

Santos Díaz, I. T. (Jun. 2007). La víctima en el proceso penal cubano. [*a. 5* (8), 17-26].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Sariol Rojas, L. (Jun. 2019). La cadena de custodia en el ordenamiento procesal penal. [*a. 17* (32), 130-141].

Saunier-Ruellan, C. (Dic. 2023). Derechos y garantías en el proceso penal francés. [*20*(36), 537-550].

Silueta Ortega, V. y Ramírez Cruz, M. (Jun. 2004). La prueba pericial de odorología. Su apreciación por el juez. [*a. 2* (3), 21-27.

Sosa Ravelo, M. (Dic. 2012). El debido proceso y la doble conformidad judicial. [*a. 10* (19), 3-17].

_____. (Dic. 2019). La doble conformidad judicial y sus elementos configuradores. [*a. 17* (33), 10-30].

_____. (Dic. 2023). La doble conformidad en el proceso penal actual. [*20*(36), 270-289].

_____ y Betancourt Peña, T. (Jun. 2014). Procedencia o admisibilidad del recurso de casación. [*a. 12* (22), 3-10].

_____ y Lema Águila, I. (Dic. 2016). La revisión penal y la cosa juzgada. [*a. 14* (27), 83-101]

Suñez Tejera, Y. y Vera Denis, W. (Dic. 2017). Valoración del testimonio del menor-víctima de abuso sexual. [*a. 15* (29), 53-71].

Tellería Mendoza, N. de los Á. (Dic. 2004). Delitos informáticos. [*a. 2* (4), 33-41].

Torres Aguirre, A. (Dic. 2003). El cumplimiento de las "Reglas de Tokio" y la experiencia de los jueces encargados del control de la ejecución. [*a. 1* (2), 15-20].

_____. (Mar. 2006). El fundamento de la pena. [*a. 4* (6), 4-25].

_____. (Jun. 2013). El estado de necesidad en el caso de los Cinco. [*a. 11* (20), 4-16].

Vera Toste, Y. (Dic. 2004). Apuntes sobre la coautoría. [*a. 2* (4), 19-32].

_____. (Mar. 2006). Intervención del *extraneus* en delitos de sujeto especial. [*a. 4* (6), 32-37].

_____. (Jun. 2009). Fundamento de la esencia del concepto de delito. [*a. 7* (12), 39-52].

_____ y Ávila Rodríguez, M. (Jun. 2012). El fraude penal y el civil en el delito de estafa. [*a. 10* (18), 75-86].

Yin Cabrera, Y. (Jun. 2010). Dádiva, ventaja o beneficio como instrumento de corrupción. [*a. 8* (14), 127-136].

_____. (Jun. 2011). Para una definición de funcionario público [Derecho penal]. [*a. 9* (16), 58-81].

Zaragoza Pupo, C. (Dic. 2003). La oralidad facilitadora de la justicia penal. Estudio del Artículo 263 de la Ley de procedimiento penal. Otras consideraciones. [*a. 1* (2), 6-14].

Materia general

Aguilar Pascaud, V. y Domínguez Chaveco, M. I. (Jun. 2010). El paradigma de juez cubano. [*a. 8* (14), 29-38].

Aguirre Alonso, R. M. (Dic. 2015).[3] La jurisprudencia como fuente de Derecho. [*a. 13* (25), 149-161; y *a. 14* (26), 119-132; en reprod., 121-134].

Alarcón de Quesada, R. (Jun. 2004). Condenados por el odio [los Cinco]. [*a. 2* (3), 51-59].

_____. (Dic. 2004). Historias de una familia excepcional [Compil. sobre los 5]. [*a. 2* (4), 52-60].

Batista Veranes, P. (Jun. 2012). Una reunión histórica para los tribunales populares. [*a. 10* (18), 173-175].

_____. (Jun. 2014). Ejemplos de intransigencia revolucionaria. [*a. 12* (22), 160-166].

Benavides Lenz, T. (Jun. 2016). Constitucionalización de la presunción de inocencia. [*a. 14* (26), 311-319; en reprod., 313-321].

Bernal Capote, Y. de la C. (Jun. 2016). La iniciativa legislativa del Tribunal Supremo Popular. [*a. 14* (26), 100-118; en reprod., 102-120].

[3] Este artículo tiene la excepcional particularidad de haber sido publicado tres veces por *Justicia y Derecho*. ¿Por qué? Después de que la autora lo envió para un número ordinario, en el que vio la luz (dic. 2015), se concibió la idea de preparar uno especial con los trabajos finales de la última Maestría en Derecho constitucional y administrativo, donde se había gestado aquel, y se incluyó en la nueva entrega (jun. 2016), la cual fue íntegramente reproducida en 2017 (con iguales datos editoriales a la anterior). Por eso, aquí, se incluyen sus tres posibles localizaciones.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Box Naranjo, L. E. (Dic. 2010). Retos para la justicia de hoy. [*a. 8* (15), 83-87].

Bruzón Viltres, C. J. y Palacio Castillo, L. B. (Jun. 2017). Fuentes del Derecho y actividad judicial. [*a. 15* (28), 161-175].

Cabrera Calero, A. (Jun. 2016). La participación ciudadana en la administración de justicia. [*a. 14* (26), 27-42; en reprod., 29-44].

Cabrera Pereira, A. (Dic. 2003). Un jurista que inició en la Revolución la administración de justicia en la antigua provincia de Las Villas. [*a. 1* (2), 48-49].

Cánovas González, D. (Dic. 2018). Tratamiento jurídico al derecho a un medio ambiente sano. [*a. 16* (31), 108-126].

Chávez Rodríguez, Y. (Jun. 2016). Origen y evolución de la figura del juez lego en Cuba. [*a. 14* (26), 43-62; en reprod., 45-64].

Cañizares Abeledo, D. F. (Mar. 2006). El juez no profesional. [*a. 4* (6), 51-58].

Carrasco Espinach, L. M. (Dic. 2006). Mejor preparados para administrar justicia [Relatoría, III Encuentro Internacional Justicia y Derecho (EIJD)]. [*a. 4* (7), 3-9].

_____. (Dic. 2008). Hacia niveles superiores [IV EIJD]. [*a. 6* (11), 58-59].

_____. (Jun. 2010). Relatoría de las sesiones de trabajo [V EIJD]. [*a. 8* (14), 15-28].

_____. (Dic. 2012). Relatoría de las sesiones de trabajo [VI EIJD]. [*a. 10* (19), 169-175].

Castro Ruz, F. (Jun. 2003). La novela de sus recuerdos [sobre García Márquez]. [*a. 1* (1), 77-78].

Cobo Roura, N. A. (Dic. 2005). 7 notas y un refrán sobre colegiación. [*a. 3* (5), 65-66].

_____. (Jun. 2010). Ni muy muy ni tan tan: El intérprete judicial en Cuba. [*a. 8* (14), 167-175].

[Comisiones de Estudios Jurídicos]. (Dic. 2013). Bases sobre unificación de las jurisdicciones. Principios y estructura del nuevo sistema judicial. [*a. 11* (21), 42-67].

Consejo de Gobierno del TSP. (Jun. 2013). XL aniversario del Sistema de Tribunales. [*a. 11* (20), 106-110].

_____. (Jun. 2013). Concurso XL Aniversario del Sistema de Tribunales. [*a. 11* (20), 111].

_____. (Jun. 2018). Medidas del TSP para cumplir las recomendaciones de la ANPP [*a. 16* (*3*0), 16-18].

Cortijo Caballero, Y. (Jun. 2016). La sanción accesoria de privación de derechos. [*a. 14* (26), 297-310; en reprod., 299-312].

[Cuba Fernández, J. S.]. (Dic. 2013). Discurso pronunciado por el fiscal general de la República, Dr. J. Santiago Cuba Fernández. [*a. 11* (21), 73-75].

Delgado Cura, D. (Jun. 2012). Informe de rendición de cuenta de la Fiscalía General de la República. [*a. 10* (18), 10-13].

Delgado López, Y. y Ferriol Marchena, M. M. (Dic. 2016). Integración del sistema de gestión documental al sistema de control interno. [*a. 14* (27), 184-190].

Diéguez Méndez, Y. y Ferrera Pozo, N. (Jun. 2015). La axiología jurídica desde la Filosofía del Derecho. [*a. 13* (24), 120-128].

Docampo Alba, G. de la C. (Dic. 2010). Mis primeras impresiones acerca del estilo jurídico. [*a. 8* (15), 138-144].

[Dorticós Torrado, O.]. (Dic. 2013). Discurso pronunciado por el doctor Osvaldo Dorticós Torrado, presidente de la República. [*a. 11* (21), 75-82].

Ferrari Yaunner, M. (Dic. 2010). La integración del Derecho ante las lagunas de la ley. [*a. 8* (15), 10-33].

_____ y Arredondo Suárez, I. (Dic. 2012). La Constitución cubana en la argumentación de sentencias civiles y administrativas del TSP. [*a. 10* (19), 69-81].

[Fuentes Calzado, M.]. (Jun. 2007). ¿Por qué estamos aquí? [Medalla 50 aniversario de las FAR]. [*a. 5* (8), 2-3].

Galán García, A. I. (Jun. 2003). Confesiones de un juez de estos tiempos [Entrev. a Díaz Tenreiro] [*a. 1* (1), 60-63].

_____. (Jun. 2003). El juez que "no supo administrar justicia". [*a. 1 (*1), 74-76].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

García Álvarez, J. (Dic. 2013). Los Tribunales Revolucionarios (primera etapa). [*a. 11* (21), 14-24].

González Jiménez, E. (Jun. 2016). La actuación judicial de cara a la justicia constitucional. [*a. 14* (26), 148-158; en reprod., 150-160].

González Piloto, L. M. (Jun. 2016). El amparo constitucional como garantía de los derechos. [*a. 14* (26), 133-147; en reprod., 135-149].

Guerrero Rodríguez, A. (Jun. 2003). Causa valedera [Poesía]. [*a. 1 (*1), r/cp].

Guevara Suárez, K. (Jun. 2016). Los criterios de sala en Cuba frente a la seguridad jurídica. [*a. 14* (26), 88-99; en reprod., 90-101].

Hart Dávalos, A. (Jun. 2003). Enrique Hart: mi padre. [*a. 1 (*1), 66-69].

_____. (Jun. 2010). A los juristas cubanos. [*a. 8* (14), 3-4].

[Hart Ramírez, E.]. (Dic. 2013). Discurso pronunciado por el presidente del Tribunal Supremo Popular, Dr. Enrique Hart Ramírez. [*a. 11* (21), 68-72].

Héctor, D. y Héctor, P. (Jun. 2021). Ley Helms-Burton: análisis jurídico de un texto injusto con efectos perversos. [*a. 19 (*35), 89-101].

Hernández Batista, Y. de la C. (Jun. 2016). Olvido constitucional de la función del juez de ejecución penal. [*a. 14* (26), 280-296; en reprod., 282-298].

Hernández Díaz, L. (Dic. 2018). Implementación del Sistema de gestión de la calidad en el ejercicio judicial. [*a. 16* (31), 36-55].

_____. (Dic. 2023). La subasta judicial en Cuba. [*20*(36), 337-352].

_____ y Santana Echerri, A de F. (Dic. 2019). La calidad como valor institucional que prestigia al STP. [*a. 17* (*33*), 31-43].

Hernández Pozo, H. O. (Jun. 2018). El juez lego cubano en la administración de justicia. [*a. 16* (30), 114-130].

Hierro Sánchez, L. A. (Dic. 2023). El modelo actual de juez: Pautas teóricas y filosóficas. [*20*(36), 430-467].

Hinojosa Pérez, Y. (Dic. 2012). La toga: el más valioso de los atuendos. [*a. 10* (19), 165-168].

Jiménez Miranda, J. (Dic. 2004). Las referencias bibliográficas en el sector jurídico: importancia, estilos y normas. [*a. 2* (4), 47-49].

Lamorú Ferrán, L. (Dic. 2020). El derecho a la propia imagen y su aplicación en la práctica judicial cubana. [*a. 18* (34), 143-161].

Lema Águila, I. (Jun. 2014). Alejandro García Caturla, mártir de la judicatura. [*a. 12* (22), 144-159].

López Varona, R. y Arredondo Suárez, I. I. (Dic. 2023). La ejecución de sentencias en función del debido proceso. [*20*(36), 319-336].

Martínez Álvarez, A. (Dic. 2010). Carácter profundamente popular de la justicia en Cuba. [*a. 8* (15), 88-93].

Merino Brito, E. G. (Dic. 2013). La organización del sistema judicial cubano. [*a. 11* (21), 25-41].

Miraut Martín, L. (Dic. 2004). Independencia judicial y valores del sistema jurídico. [*a. 2* (4), 3-10].

_____. (Dic. 2006). El principio *in claris non fit interpretatio* en el proceso judicial. [*a. 4* (7), 29-41].

Moore, M. (Dic. 2004). Continúan las guerras en el mundo. [*a. 2* (4), 50-51].

Pérez Bernal, M. (Jun. 2015). Connotación ética en la práctica de las habilidades conciliatorias. [*a. 13* (24), 114-119].

Pérez Cejas, G. (Dic. 2006). Propuesta convertida en fuente de información. [*a. 4* (7), 68].

Pérez Góngora, Y. (Jun. 2016). El sistema judicial cubano: transformaciones y evolución (1959-1976). [*a. 14* (26), 18-26; en reprod., 20-28].

Pérez Hernández, L. (Jun. 2016). Presentación [ed. esp.]. [*a. 14* (26), 3-7; en reprod., 5-9].

_____. (Jun. 2016). La Constitución en sede judicial. [*a. 14* (26), 320-326; en reprod., 322-328].

Pérez Navarro, L. (Jun. 2003). En busca de un juicio justo e imparcial [Acerca de los 5]. [*a. 1* (1), 57-59].

_____. (Jun. 2003). Un símbolo de justicia en Cuba [I. Agramonte]. [*a. 1* (1), pp. 70-71].

Pérez Suárez, E. (Jun. 2009). Apuntes sobre una relevante estrategia de defensa [*La historia me absolverá*]. [*a. 7* (12), 32-38].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Ponce Téllez, Y. (Jun. 2019). El sentido de lo justo: diana de los valores institucionales. [*a. 17* (32), 57-75].

Prendes Lima, P. (Dic. 2003). El latinoamericanismo en el Programa del Moncada. [*a. 1* (2), 50-56].

Quinta Arango, Y. (Jun. 2016). La imparcialidad como presupuesto de la jurisdicción. [*a. 14* (26), 74-87; en reprod., 76-89].

Quintero Silverio, O. (Dic. 2007). Invitación a la comunión [ética y justicia]. [*a. 5* (9), 35-36].

_____. Hernández de Armas, G. M. y Rodríguez Quintero, J. F. (Dic. 2020). Debido proceso, videoconferencia y juicio oral: una trilogía compatible. [*a. 18* (34), 44-57].

Reina Batlle, R. (Dic. 2014). Relatoría [VII EIJD]. [*a. 12* (23), 3-12].

_____. (Dic. 2016). Relatoría (VIII EIJD]. [*a. 14* (27), 3-18].

_____. (Dic. 2018). Relatoría (IX EIJD]. [*a. 16* (31), 12-35].

_____ y González Hernández, L. Á. (Dic. 2019). Un nuevo enfoque de los principios de la función judicial. [*a. 17* (33), 44-64].

Remigio Ferro, R. (Jun. 2003). [Nota editorial]. [*a. 1* (1), 1].

_____. (Dic. 2005). Ejemplo de democracia en la administración de justicia. [*a. 3* (5), 3-6].

_____. (Jun. 2009). Justicia con rostro más humano. [*a. 7* (12), 3-6].

_____. (Jun. 2010). Vocación de justicia: propia, universal y efectiva. [*a. 8* (14), 8-14].

_____. (Jun. 2012). Informe de rendición de cuenta del Tribunal Supremo Popular. [*a. 10* (18), 3-9].

_____. (Jun. 2013). Renovado compromiso [X aniv./*Justicia y Derecho*]. [*a. 11* (20), 3].

_____. (Dic. 2013). Ejemplo de democracia en la administración de justicia. [*a. 11* (21), 7-13].

_____. (Dic. 2013). Profundo sentido de justicia. [*a. 11* (21), 141-146].

_____. (Dic. 2015). La independencia judicial y la gestión de la calidad en los tribunales [tesis]. [*a. 13* (25), 3-61].

_____. (Jun. 2016). La independencia judicial y la gestión de la calidad en los tribunales [resumen de la tesis]. [*a. 14* (26), 8-17; en reprod., 10-19].

_____. (Jun. 2018). Hacia empeños superiores [Aniv. 15 y no. 30 de *Justicia y Derecho*]. [*a. 16* (30), 1].

_____. (Jun. 2018). Informe de rendición de cuenta del TSP a la ANPP. [*a. 16* (30), 5-11].

_____. (Dic. 2018). Los jueces y el ejercicio de la función judicial en la actualidad: una mirada crítica. [*a. 16* (31), 3-11].

_____. (Dic. 2019). Derecho procesal: sustrato instrumental de jueces y magistrados. [*a. 17* (33), 3-9].

_____. (Dic. 2020). Nota editorial [el porqué de esta ed. única en 2020]. [*a. 18* (34), 1].

_____. (Dic. 2023). En marcha [nota editorial]. [*20*(36), 10-11].

_____. Quintero Silverio, O y Bertot Yero, María C. (Dic. 2016). Consideraciones sobre la vulnerabilidad y el acceso a la justicia. [*a. 14* (27), 19-30].

Rodríguez Fernández, Y. (Dic. 2011). El control constitucional en la historia del constitucionalismo cubano. [*a. 9* (17), 154-173].

_____. (Dic. 2015). Acercamiento al indulto. [*a. 13* (25), 62-80].

Rodríguez González, N. (Jun. 2016). Necesario reforzamiento del derecho a la defensa como garantía constitucional. [*a. 14* (26), 258-279; en reprod., 260-281].

Rodríguez Gómez, J. R. (Dic. 2007). Acercamiento al estilo. [*a. 5* (9), 67-68].

_____. (Jun. 2008). Sintaxis al descuido. [*a. 6* (10), 53-56].

_____. (Dic. 2008). Semilla hecha fruto en tres generaciones de una familia [entrev.]. [*a. 6* (11), 43-46].

_____. (Dic. 2008). Víctima por maltrato. [*a. 6* (11), 50-52].

_____. (Jun. 2009). La descripción bibliográfica (I). [*a. 7* (12), 56-60].

_____. (Dic. 2009). La descripción bibliográfica (II, final). [*a. 7* (13), 36-40].

_____. (Jun. 2010). Evitemos incorrecciones (I). [*a. 8* (14), 179-182].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

_____. (Dic. 2010). Evitemos incorrecciones (II). [*a. 8* (15), 147-151].

_____. (Jun. 2011). Evitemos incorrecciones (III, final). [*a. 9* (16), 154-160].

_____. (Dic. 2011). Aproximación a *se*. [*a. 9* (17), 183-188].

_____. (Jun. 2012). Mejoremos algunas expresiones (I). [*a. 10* (18), 196-200].

_____. (Dic. 2012). Mejoremos algunas expresiones (II). [*a. 10* (19), 178-182].

_____. (Jun. 2013). Mejoremos algunas expresiones (III, final). [*a. 11* (20), 116-120].

_____. (Jun. 2014). El universo de los números (I). [*a. 12* (22), 186-195].

_____. (Dic. 2014). El universo de los números (II). [*a. 12* (23), 155-162].

_____. (Jun. 2015). El universo de los números (III, final). [*a. 13* (24), 179-184].

_____. (Dic. 2015). En compañía de la sintaxis. [*a. 13* (25), 179-190].

_____. (Dic. 2016). Prontuario de usos idiomáticos (I). [*a. 14* (27), 200-208].

_____. (Jun. 2017). Prontuario de usos idiomáticos (II). [*a. 15* (28), 184-191].

_____. (Dic. 2017). Prontuario de usos idiomáticos (III). [*a. 15* (29), 200-206].

_____. (Dic. 2023). Índice general 2003-2023 [Revista *Justicia y Derecho*]. [*20*(36), 656-697].

Rodríguez Gutiérrez, G. (Jun. 2014). El rol del abogado en los procesos de familia. [*12* (22), 167-179].

Rosario López, L. S. (Dic. 2008). Visión cubana de los principios de la ética judicial. [*a. 6* (11), 12- 20].

[S. a.]. (Jun. 2012). Reglas de Brasilia. [*a. 10* (18), 176-192].

_____. (Dic. 2013). Investidura de los jueces del Tribunal Supremo Popular y de los tribunales provinciales [discursos de E. Hart Ramírez, A. Torres Santrayll, O. Dorticós Torrado y B. Roca Calderío]. [*a. 11* (21), 83-113].

_____. (Dic. 2013). Otorgado a Blas Roca el título de Doctor en Ciencias Jurídicas, Honoris Causa [discursos de C. R. Rodríguez Rodríguez y B. Roca Calderío]. [*a. 11* (21), 114-140].

Sánchez Escobar, I. (Dic. 2007). Análisis político y jurídico [Acerca de *La historia me absolverá*]. [*a. 5* (9), 3-11].

Sánchez Martín, O. (Dic. 2003). Notas al lector. [*a. 1* (2), 3].

Santos Torres, M. (Dic. 2008). ¡Siempre optimistas! [Poesía]. [*a. 6* (11), 48].

Silvera Martínez, O. M. (Dic. 2011). Acceso a la justicia desde la actuación de los tribunales. [*a. 9* (17), 174-180].

Silvera Reyes, R. E. (Dic. 2003). Waldo Medina Méndez, juez enteramente humano. [*a. 1* (2), 57-63].

Sosa Ravelo, M., Rodríguez Tamayo, Y. y Hernández Martínez, M. B. (Jun. 2021). Transparencia judicial: participación ciudadana y acceso a la información [*a. 19* (35), 3-28].

Tamayo Pérez, E. M. (Jun. 2016). Jurisdicción y competencia en la administración de justicia (1800-1940). [*a. 14* (26), 63-73; en reprod., 65-75].

Téllez Loredo, Y. (Dic. 2012). Ética, moral y justicia. [*a. 10* (19), 158-164].

Toledo Santander, J. L. (Jun. 2012). Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos. [*a. 10* (18), 14-19].

_____. (Jun. 2018). Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la ANPP. [*a. 16* (30), 12-15].

Tribunal Supremo Popular. (Jun. 2003). Convocatoria [Concurso XXX Aniv. de los trib. pop.]. [*a. 1* (1), 73].

_____. (Dic. 2003). Resultados del Concurso XXX Aniversario de los tribunales populares. [*a. 1* (2), 14].

_____. (Jun. 2012). Medidas del Tribunal Supremo Popular para cumplir las recomendaciones de la Asamblea Nacional. [*a. 10* (18), 20-21].

Ugidos Rivero, M. (Dic. 2010). En torno al Acuerdo No. 172 del Consejo de Gobierno del TSP. [*a. 8* (15), 4-9].

Weinglass, L. (Dic. 2003). La solidaridad es esencial [Acerca de los 5]. [*a. 1* (2), 38-44].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Misceláneas

CENDIJ. (Dic. 2004). Lo nuevo en materia jurídica. [*a. 2* (4), 49].

Consejo de Redacción. (Dic. 2004). Estimado lector [nota editorial]. [*a. 2* (4), 2].

_____. (Dic. 2007). Normas de presentación de textos. [*a. 5* (9), 2; *a. 6* (10), 2; *a. 6* (11), 2; y *a. 7* (12), 2].

Delegación de base de la UNJC. (Jun. 2007). Centenario [F. Álvarez Tabío]. [*a. 5* (8), 66].

Departamento de Divulgación. (Jun. 2007). Crean unidades de información. [*a. 5* (8), 67].

Departamento de Publicaciones Seriadas e Imprenta. (Jun. 2019). Normas de presentación de textos e instrucciones a los autores. [*a. 17* (32), r/p y r/cp; y *a. 17* (33), r/p y r/cp].

Juiz Prieto, O. (Jun. 2003). En construcción Escuela de Formación Judicial. [*a. 1* (1), 72].

_____. (Dic. 2004). El Estatuto del juez iberoamericano. [*a. 2* (4), 42-46].

Ravelo López, S. (Dic. 2009). Investidos dos vicepresidentes [A. M. Mari Machado y O. M. Silvera Martínez]. [*a. 7* (13), 2].

_____. (Jun. 2010). Figura cimera de la judicatura cubana [E. Hart Ramírez]. [*a. 8* (14), 5-7].

_____. (Jun. 2011). Actualidad judicial (Toma de posesión [I. Lema Águila, presidente/Sala de lo Militar]; Homenaje a Fernando Álvarez Tabío; Fructífero encuentro [TSP – Jueces/Corte Sup./Tennessee]; Visita de trabajo [Trib. Sup./Venezuela al TSP]; Intercambio académico [TSP – ILANUD]; y Colaboración fortalecida [TSP – Sup. Trib./Brasil]). [*a. 9* (16), 151-153].

_____. (Dic. 2011). Actualidad judicial (Hacia un mayor nivel profesional [Diplomado]; Con creciente calidad [Proceso previo/VI EIJD]; Cooperación [TSP – varios países]; Cumbre iberoamericana [TSP en reunión preparatoria]; Distinguidos visitantes [2.º Trib. Interm./Shangai]; Con especialistas brasileños; Fructífera visita [TSP a Trib. Sup./Venezuela]; Visita de trabajo a Santo Domingo; e Importante reunión [TSP en VI Cumbre Judicial/UNASUR]). [*a. 9* (17), 181-182].

_____. (Jun. 2012). Actualidad judicial (Toma de posesión [L. Hernández Díaz]; Fortalecen intercambio [TSP – Trib. Sup./Rusia]; Visita de trabajo [TSP a Trib. Sup. Pop./China]; Acuerdo de colaboración [TSP – Sup. Trib./Brasil]; Resultados investigativos [Jornada Científica/TSP]; Club martiano; y Homenaje [Martí: Aniversario 159]). [*a. 10* (18), 193-195].

_____. (Dic. 2012). Actualidad judicial (Asume nueva vicepresidenta [O. L. Jones Morrinson]; Toma de posesión [M. B. Arcila González]; Atención a sancionados [VII Taller nacional]; Curso sobre mediación; y Visita de Trabajo [Sup. Trib./Brasil al TSP]). [*a. 10* (19), 176-177].

_____. (Jun. 2013). Actualidad judicial (Homenaje póstumo a Chávez; Participó el TSP en Cumbre judicial CELAC-UE; Tomas de posesión [L. Hernández Díaz, presidenta/Sala de lo Económico; Y. Alfaro Guillén y A. Torres Aguirre]; Vínculos fortalecidos [Con Fiscalía Pop. Sup./Vietnam]; Por mayor intercambio [Fiscal general/Bolivia al TSP]; Cuba presentó informe en la ONU; y Acto por el Día del Trabajador Jurídico). [*a. 11* (20), 112-115].

[Redacción]. (Jun. 2003). Tribunales provinciales de Cuba [Direcciones, correos y teléfonos]. [*a. 1* (1), 2; *a. 1* (2), 2; *a. 2* (3), 2; y *a. 3* (5), 2].

_____. (Jun. 2003). Convocan al II EIJD 2004. [*a. 1* (1), 64].

_____. (Jun. 2003). Principios éticos de un juez. [*a. 1* (1), 64].

_____. (Jun. 2003). Un centro para la información y el intercambio. [*a. 1* (1), 65].

_____. (Jun. 2003). Crucigrama. [*a. 1* (1), 79].

_____. (Jun. 2003). Curiosidad jurídica [Lo que pasa en los EE.UU.]. [*a. 1* (1), 80].

_____. (Jun. 2003). Sobre jueces, ladrones y… [Humor]. [*a. 1* (1), 80].

_____. (Dic. 2003). Entrevista al Licenciado Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular. [*a. 1* (2), 4-5].

_____. (Dic. 2003). Convocatoria [II EIJD]. [*a. 1* (2), 45-47].

_____. (Dic. 2003). Entre juicio y juicio [Humor]. [*a. 1* (2), 64; *a. 2* (3), 60; *a. 5* (8), 68; y *a. 5* (9), 66].

_____. (Dic. 2003). Complete su colección *Boletín*. [*a. 1* (2), r/cp; y *a. 2* (3), r/cp].

_____. (Jun. 2004). Código de ética judicial: preceptos éticos específicos a cumplimentar por los jueces. [*a. 2* (3), r/p].

_____. (Jun. 2004). En homenaje al Mayor. [*a. 2* (3), 3].

_____. (Jun. 2004). Toma de posesión de nuevos jueces profesionales [Y. Rodríguez Fernández y O. González García]. [*a. 2* (3), 49].

_____. (Jun. 2004). Centro Nacional de Documentación e Información Judicial (CENDIJ). [*a. 2* (3), 50].

_____. (Jun. 2004). Ellos volverán [los Cinco]. [*a. 2* (3), cp.; y *a. 2* (4), cp.].

_____. (Dic. 2004). Código de ética judicial: preceptos éticos comunes. [*a. 2* (4), r/p; y *a. 4* (7), 2].

_____. (Dic. 2004). ¿Es usted jurista? [Promoción al *Boletín del TSP*]. [*a. 2* (4), r/cp].

_____. (Dic. 2005). Honor a quien honor merece [Vanguardias nacionales]. [*a. 3* (5), r/p].

_____. (Dic. 2005). Convocatoria [III EIJD]. [*a. 3* (5), 63-64; y *a. 4* (6), 2-3].

_____. (Dic. 2005). Convocatoria [Promoción gráfica/III EIJD]. [*a. 3* (5), cp.; y *a. 4* (6), cp.]

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

_____. (Dic. 2005). Elegidos jueces legos para el período 2006-2010. [*a. 3* (5), 67].

_____. (Dic. 2005). Continúa perfeccionamiento [Tomas de posesión: N. A. Cobo Roura, M. E. Milanés Torres, M. R. Fuentes Águila y G. Cabrera Bermúdez]. [*a. 3* (5), 68].

_____. (Dic. 2005). Reunión de presidentes de tribunales provinciales. [*a. 3* (5), 68].

_____. (Dic. 2005). [El CENDIJ por dentro]. [*a. 3* (5), r/cp].

_____. (Mar. 2006). Honor a quien honor merece [Cuadros destacados en 2005/STP). [*a. 4* (6), r/p].

_____. (Mar. 2006). Centenario de Alejandro García Caturla. [*a. 4* (6), 59].

_____. (Mar. 2006). Las mujeres constituyen mayoría. [*a. 4* (6), r/cp].

_____. (Dic. 2006). Publicaciones seriadas del Tribunal Supremo Popular [Promoción gráfica]. [a. *4* (7), r/p].

_____. (Dic. 2006). IV Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2008: temáticas convocadas. [*a. 4* (7), 66-67].

_____. (Dic. 2006). Directorio telefónico [TPP]. [*a. 4* (7), r/cp; *a. 5* (9), r/cp; *a. 6* (10), r/cp; *a. 6* (11), r/cp; y *a. 7* (12), r/cp].

_____. (Dic. 2006). Convocatoria [Promoción gráfica/IV EIJD]. [*a. 4* (7), cp.; *a. 5* (8), cp.; y *a. 5* (9), cp.]

_____. (Jun. 2007). Calificativos honrosos con los que identificaron a Ignacio Agramonte. [*a. 5* (8), r/p].

_____. (Jun. 2007). Red Iberoamericana de Cooperación judicial (Iber-Red). [*a. 5* (8), r/cp].

_____. (Dic. 2007). Tribunales provinciales populares [Imágenes], [*a. 5* (9), r/p].

_____. (Dic. 2007). Convocatoria [IV EIJD]. [*a. 5* (9), 64-65].

_____. (Jun. 2008). V aniversario [CENDIJ, imágenes]. [*a. 6* (10), r/p].

_____. (Jun. 2008). Sistema de Tribunales [Imágenes]. [*a. 6* (10), cp.].

_____. (Jun. 2009). Convocatoria al V Encuentro. [*a. 7* (12), 54-55].

_____. (Jun. 2010). A los lectores y colaboradores [Nota editorial]. [*a. 8* (14), 2].

_____. (Dic. 2010). Editorial. [*a. 8* (15), 3].

_____. (Jun. 2011). ¿Qué es el CENDIJ? [*a. 9* (16), r/p].

_____. (Jun. 2011). *Boletín del Tribunal Supremo Popular*. [*a. 9* (16), r/cp].

_____. (Dic. 2012). Maestros y paradigmas de generaciones [Libros dedicados a F. Varona Duque Estrada, E. Hart Ramírez y F. Álvarez Tabío]. [*a. 10* (19), r/cp].

_____. (Dic. 2012). VII EIJD [Promoción gráfica]. [*a. 10* (19), cp.; *a. 11* (20), cp.; y *a. 11* (21), cp.]

_____. (Dic. 2013). Presentación [Ed. esp. por el aniversario 40/ST]. [*a. 11* (21), 5].

_____. (Dic. 2013). Reseñas biográficas de los autores [Ed. esp. por el aniversario. 40/ST: J. S. Cuba Fernández, O. Dorticós Torrado, E. Hart Ramírez, J. A. García Álvarez, E. G. Merino Brito, R. Remigio Ferro, B. Roca Calderío, C. R. Rodríguez Rodríguez y A. Torres Santrayll]. [*a. 11* (21), 147-151].

_____. (Jun. 2014). Convocatoria [promoción gráfica/VIII EIJD]. [*a. 12* (22), cp.; *a. 12* (23), cp.; *a. 13* (24), cp.; y *a. 13* (25), cp.].

_____. (Dic. 2013). [Collage de portadas de *Justicia y Derecho*]. [*a. 11* (21), r/p].

_____. (Dic. 2014). Publicaciones de 2013. [*a. 12* (23), r/cp].

_____. (Jun. 2015). Sistema de Tribunales Populares [Misión, visión y calidad]. [*a. 13* (24), r/p].

_____. (Jun. 2015). Publicaciones de 2014. [*a. 13* (24), r/cp].

_____. (Jun. 2016). Maestría en Derecho constitucional y administrativo (2.ª ed.) [Imágenes]. [*a. 14* (26), r/p y r/cp; Ídem en reprod.].

_____. (Jun. 2016). La información a su alcance con solo un clic [Promoción, con imágenes, de www.tsp.cu]. [*a. 14* (26), r/cp].

_____. (Jun. 2016). A los lectores [Reprod. del no. 26, en 2017]. [*a. 14* (26), 1].

_____. (Dic. 2016). Publicaciones de 2015. [*a. 14* (27), r/p].

_____. (Dic. 2016). A los lectores [Nuevo identificador visual]. [*a. 14* (27), s.p.].

_____. (Dic. 2016). Publicaciones de 2016. [*a. 14* (27), r/cp].

_____. (Jun. 2017). Misión y valores institucionales. [*a. 15* (28), r/p].

_____. (Jun. 2017). Sitio *web* del TSP. [*a. 15* (28), r/cp].

_____. (Dic. 2017). [Plataformas digitales del TSP]. [*a. 15* (29), r/p y r/cp; y *a. 16* (31), r/p y r/cp].

_____. (Jun. 2018). Rendición de cuenta del TSP... [Imágenes]. [*a. 16* (30), r/p].

_____. (Jun. 2018). IX EIJD [Imágenes]. [*a. 16* (30), r/cp].

_____. (Jun. 2018). IX EIJD [Promoción gráfica] [*a. 16* (30), cp].

_____. (Dic. 2018). [TP: Aniversario 45 (Gráfica)]. [*a. 16* (31), cp].

Rivero Mederos, C. (Jun. 2008). Homenaje a Marina Hart. [*a. 6* (10), 48].

_____. (Dic. 2008). Fortalecido el intercambio [Con autoridades vascas]. [*a. 6* (11), 49].

_____. (Dic. 2008). Toman posesión de sus cargos [O. M. Silvera Martínez, M. Sosa Ravelo y F. Vázquez Franco]. [*a. 6* (11), 49].

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

_____. (Jun. 2009). Toman posesión [R. Reina Batlle]. [*a. 7* (12), 53].

_____. (Jun. 2009). Experiencia extendida [Equipos multidisciplinarios/procesos vinculados con menores]. [*a. 7* (12), 53].

_____. (Jun. 2009). Concurso de oposición. [*a. 7* (12), 53].

_____. (Dic. 2009). Toma posesión como juez [G. Méndez González]. [*a. 7* (13), 2].

_____. (Jun. 2009). Investida como presidenta de la Sala de lo Laboral [V. Aguilar Pascaud]; Felicitación y reconocimiento [Día del Bibliotecario]; Fructífera visita de trabajo [Presidente/Sup. Trib./Brasil al TSP]; Colaboración en ascenso [con Canarias]; e Importante reunión [Taller nacional/Juez de Ejecución]). [*a. 8* (14), 176-178].

_____. (Dic. 2010). Actualidad judicial (Cuba en la Cumbre de UNASUR; Toman posesión como jueces titulares [R. de la C. Hernández Rodríguez y E. O. Palacios Miranda]; También jueces legos del TSP; Taller nacional sobre control de los sancionados; y Concluyó diplomado). [*a. 8* (15), 145-146].

_____. (Jun. 2013). Índice 2003-2013 [Revista *Justicia y Derecho*]. [*a. 11* (20), 121-135].

_____. (Jun. 2014). Actualidad judicial (Mérito judicial [reconocimiento a personalidades y trabajadores]; Desarrollan I.er Simposio sobre procedimiento de familia; Reunión de balance anual; Jornada científica [TSP]; Aporte jurídico [Textos presentados en la 23.ª Feria Intern. del Libro/LH]; Colaboración Vietnam-Cuba; y XVII Cumbre Judicial Iberoamericana). [*a. 12* (22), 180-185].

_____. (Dic. 2014). Actualidad judicial (Energías renovadas [sobre el VII EIJD]; Rubrican convenios el TSP y la CTC; Encuentro bilateral [TSP – Corte Sup./Benin]; Juezas profesionales toman posesión [R. Fong Rivera y A. Fernández Toledo]; y Cursos de formación judicial especializados). [*a. 12* (23), 152-154].

_____. (Jun. 2015). Actualidad judicial (Efectuado el VIII Taller nacional [Juez de ejecución]; I Congreso Iberoamericano de calidad para la justicia; XV Encuentro de Magistradas Iberoamericanas; Puntos de contacto y enlaces de Iber-Red; Aprobada la Estrategia de comunicación institucional; Otros cursos especializados de formación judicial; Presencia del TSP en la Comisión Electoral Nacional; Premio nacional de Derecho 2014; y Firman Convenio de colaboración [TSP y Fac./Comunicación-UH]). [*a. 13* (24), 175-178].

_____. (Dic. 2015). Actualidad judicial (El inicio de un camino [Maestría en Derecho constitucional y administrativo]; Nuevo acercamiento de Iber-red; Participa el TSP en conversaciones de trata de personas [diálogo Cuba-E.U., en Washington]; Formación judicial [Encuentros en Panamá]; Despliegue del Sistema de informatización; Visita institucional del TSP [a Rusia, China y Vietnam]; Reunión nacional de presidentes de tribunales populares; Toman posesión nuevos jueces profesionales [J. F. León Rivas y K. Vasallo Olivera]; Re-

conocidas trabajadoras con la Distinción 23 de Agosto; Otorgan Premio Alma Mater; Colaboración fortalecida [TSP – Trib. Sup./Venezuela]; Congreso de ILANUD; Hermandad de lucha e ideas [Cuba – Vietnam]; Provechoso diálogo [Corte Sup./Guinea Ecuatorial – TSP] y XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana [Reunión preparatoria]). [*a. 13* (25), 170-178].

_____. (Dic. 2016). Actualidad judicial (Toma posesión jueza de la Sala de lo Económico [A. Bielsa Palomo]; Política de gestión de la calidad; Superación de cuadros y reservas de tribunales municipales [Postgrado de Dirección y Admón. judicial]; Conferencia centroamericana y del Caribe de justicia laboral; Encuentro con homólogo brasileño; XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana; Reunión nacional de presidentes; Con altos funcionarios de la Escuela Judicial Francesa; Presidente del Tribunal Supremo Ruso honra a Martí; Punto de partida para ampliar colaboración [TSP – Corte Sup./Namibia]; Intercambio con el vicepresidente del Tribunal Supremo de España; Convenio entre Cuba y México; XV Seminario regional sobre propiedad intelectual; Con La Colmenita; Reconocimientos merecidos [A jueces y trabajadores]; El TSP y el MINJUS firman protocolo de trabajo; Por la implementación de un nuevo sistema de calidad; y Firman acuerdo el TSP y el Ministerio de Finanzas y Precios). [*a. 14* (27), 191-199].

_____. (Jun. 2017). Actualidad judicial (Toma de posesión [F. Caballero Tamayo, vicepresidente, y R. Reina Batlle, presidenta/Sala de lo Militar]; Intensifican mecanismos de cooperación [Visitas de trabajo a Rusia y España]; Las nuevas tecnologías en el proceso penal; Seminario de formación para cuadros; Enfoque judicial a la discapacidad; Programas formativos de la comunidad iberoamericana; Desafíos de justicia ambiental; IX Taller sobre juez de ejecución; Congreso Internacional de Derecho procesal civil; Se fortalecen los tribunales cubanos [Reunión de balance anual/ST-2016]; Presentación de libro [En Remedios, *A. García Caturla: la dignidad de un juez*]; Asiste el TSP a reunión regional en Panamá; Justicia laboral en Centroamérica y el Caribe; Relatora especial de la ONU visita el TSP; y Concurso de mérito y ejercicios de oposición). [*a. 15* (28), 176-183].

_____. (Dic. 2017). Actualidad judicial (Toman posesión de sus cargos [Y. Izquierdo Castillo, F. Guerra Díaz, F. A. Casas Zayas y A. Machado Álvarez]; Intercambio con diputados chinos; Actualizan memorándum de entendimiento [TSP – Trib. Pop. Sup/China]; VIII Congreso de los juristas cubanos; Jueces cubanos en Rusia; Proyecto de puertas abiertas; Tribunales y Fiscalía ante la mirada de los diputados; Nueva sede para impartir justicia en Granma; Cuba participa en evento regional de escuelas judiciales; y Gira institucional del presidente del TSP [Guinea Ecuatorial, Namibia y Francia]). [*a. 15* (29), 193-199].

_____. (Jun. 2018). Actualidad judicial (Jueza electa miembro del Consejo de Estado [B. A. Terry Depestre, C. de Avila]; Entre nosotros, el presidente del Tribunal Supremo de Venezuela; Cuba en reunión preparatoria de la Cumbre Judicial Iberoamericana; Lazos judiciales con España [Visita del ministro de Justicia]; Intercambio bilateral sobre trata de personas [Washington: 5.ª

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

reunión Cuba-E.U.]; Excelentes relaciones entre los tribunales supremos de Vietnam y Cuba; Otro favorable encuentro de trabajo [Remigio Ferro – Presidenta/Consejo General/Abogacía Española]; Visita institucional a Austria; XIX Cumbre Judicial Iberoamericana; Participó Cuba en reunión del PAcCTO; El TSP en el programa regional ALCORCA; Cuba en Ginebra [Examen periódico/ Consejo de Derechos Humanos]; Encuentros bilaterales [Durante el IX EIJD]; Toman posesión de sus cargos [K. Pérez Conde, R. M. Aguirre Alonso y S. M. Jerez Marimón]; 2.ª Reunión nacional de presidentes de tribunales; Por una actividad judicial informatizada; Secretariado judicial [Curso de técnico medio]; Jornada científica del TSP; Rendición de cuenta del TSP a la ANPP; Nuevas sedes municipales [A. de Pasajeros, Caibarién y San N. de Bari]; La revista *Justicia y Derecho* cumple 15 [Presentación/libro *El sistema judicial cubano: apuntes para una historia*]; Asambleas de balance de los TPP; Convenio colectivo de trabajo; Curso de Derecho de la competencia; La prueba penal y las nuevas tecnologías; El Derecho internacional en sede judicial [postgrado impartido por el MINREX]; Jueces españoles imparten conferencias; Taller de Derecho y propiedad intelectual; Contra la violencia de género [Curso de formación judicial]; Postgrado de Derecho administrativo; Dirección y administración judicial [Postgrado]; Premios académicos [A jueza/TSP y profesores/FD-UH], Encuentro con estudiantes de Turismo; Tránsito fructífero por La Habana [Jueces de tribunales de P. del Río]; Jueces del centro histórico capitalino en el TSP; y Recorridos por la sede de la ANPP [Jueces y trabajadores del TSP]). [*a. 16* (30), 162-179].

_____. (Dic. 2018). Actualidad judicial (Toman posesión de sus cargos [vicepresidentes: M. Sosa Ravelo, F. M. Saucedo Pérez y Y. Rodríguez Tamayo; presidentes de sala: O. E. Molina Rodríguez y Gustavo Méndez González; y juezas: C. M. Fernández González e I. J. Guerra Gómez]; Reunión del Consejo Judicial Centroamericano y del Caribe; Justicia y Derecho 2018 [IX EIJD]; Programa contra el crimen transnacional organizado; Reunión nacional de presidentes [De TP]; Puntal importante en el desempeño judicial [Secretarias y secretarios]; Por mejores maneras de decir y leer [Intercambio TSP – Instituto Cubano del Libro]; Colaboración judicial [Cuba – España]; Colectivos distinguidos [TSP y los TPP de P. del Río y Granma]; Tribunales y universidades [Estudiantes/Derecho visitan TPP capitalino y TMP/Villa Clara y Matanzas]; Concurso Aniversario 45 del STP [Convocatoria]; Ejercicio de oposición [62 interesados]; Encuentro inédito [Últimos cuatro jefes de Relaciones intern./ TSP]; Derecho mercantil internacional [III Seminario intern.]; Taller regional sobre justicia penal; Nuevamente jueces cubanos en Rusia; Participan escolares en actividad sindical del TSP; e Iniciativa extendida [Jueces y trabajadores/ TPP-Cienfuegos de visita en La Habana]). [*a. 16* (31), 204-213].

_____. (Jun. 2019). Actualidad judicial (El presidente cubano entre nosotros [Díaz-Canel en el TSP]; Nuevo año judicial al servicio del pueblo; Memorando de entendimiento [Trib. Sup. Cuba – Barbados]; IV Cumbre internacional de altos tribunales; IX Conferencia internacional [Sobre ejecución]; El TSP en Abogacía 2018; Intercambio institucional [TSP – Poder Judicial de España]; Ex-

periencia enriquecida [Semin./activos procedentes/delito]; Reunión extraordinaria [Consejo Judicial Centroamericano y del Caribe]; Encuentro de trabajo [TSP – Poder Judicial/Rep. Dominicana]; Empresarios en la sede del TSP [De E.U. y otros países]; Cordial encuentro [TSP – Trib. Sup./Rusia]; Cooperación con programa regional [TSP – PAcCTO]; Taller sobre bienes procedentes del delito; Premio del barrio [TMP de A. Naranjo, y juez/TMP-Bayano)]; A 65 años de *La historia me absolverá* [Conversatorio con Katiuska Blanco]; Ciencia y justicia [Jornada Científica/TSP]; «Honrar, honra»: 45 años de historia [TP]; El TSP en la *Mesa Redonda*; Código de ética de los auditores; Capacitación del sistema informático [Taller para direcciones administrativas/TSP]; Garantes de los derechos ciudadanos [Reunión Nacional Anual/ST]; Reafirmación revolucionaria; Especialidad contextualizada [Curso/técnico medio en Derecho]; Curso sobre trata de personas; Postgrado de argumentación jurídica; Ser juez: una actitud ante la vida; Primeros visitantes de 2019; Administración pública en contexto; En congreso desde la base [Hacia X Congreso-FMC]; y Herramientas novedosas para la información. [*a. 17* (32), 162-178].

_____ y Rodríguez Gómez, J. R. (Jun. 2018). Índice general 2003-2018 [Revista *Justicia y Derecho*]. [*a. 16* (30), 189-214].

Untoria González M. (Mar. 2006). Toman posesión jueces legos del Tribunal Supremo Popular. [*a. 4* (6), 60].

_____. (Jun. 2007). Toman posesión dos juezas [G. M. Hernández de Armas y M. C. Bertot Yero]. [*a. 5* (8), 67].

_____. (Dic. 2007). Rindió cuenta el Tribunal Supremo Popular. [*a. 5* (9), 63].

_____. (Jun. 2008). Toman posesión tres jueces [A. de F. Santana Echerri, V. Aguilar Pascaud y T. Betancourt Peña]. [*a. 6* (10), 48].

_____. (Jun. 2008). Índice temático 2003-2008 [Rev. *Justicia y Derecho*]. [*a. 6* (10), 49-52].

III. REFERENCIAS

Rivero Mederos, C. (Junio, 2013). Índice 2003-2013. *Justicia y Derecho*, *a. 11* (20), 121-135.

_____ y Rodríguez Gómez, J. R. (Junio 2018). Índice general 2003-2018. *Justicia y Derecho, a. 16* (30), 189-214.

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2003). *Justicia y Derecho, a. 1* (1).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2003). *Justicia y Derecho, a. 1* (2).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2004). *Justicia y Derecho, a. 2* (3).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2004). *Justicia y Derecho, a. 2* (4).

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2005). *Justicia y Derecho, a. 3* (5).

Tribunal Supremo Popular. (Marzo 2006). *Justicia y Derecho, a. 4* (6).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2006). *Justicia y Derecho, a. 4* (7).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2007). *Justicia y Derecho, a. 5* (8).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2007). *Justicia y Derecho, a. 5* (9).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2008). *Justicia y Derecho, a. 6* (10).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2008). *Justicia y Derecho, a. 6* (11).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2009). *Justicia y Derecho, a. 7* (12).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2009). *Justicia y Derecho, a. 7* (13).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2010). *Justicia y Derecho, a. 8* (14).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2010). *Justicia y Derecho, a. 8* (15).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2011). *Justicia y Derecho, a. 9* (16).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2011). *Justicia y Derecho, a. 9* (17).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2012). *Justicia y Derecho, a. 10* (18).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2012). *Justicia y Derecho, a. 10* (19).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2013). *Justicia y Derecho, a. 11* (20).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2013). *Justicia y Derecho, a. 11* (21).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2014). *Justicia y Derecho, a. 12* (22).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2014). *Justicia y Derecho, a. 12* (23).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2015). *Justicia y Derecho, a. 13* (24).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2015). *Justicia y Derecho, a. 13* (25).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2016). *Justicia y Derecho, a. 14* (26).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2016). *Justicia y Derecho, a. 14* (26, Reprod.).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2016). *Justicia y Derecho, a. 14* (27).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2017). *Justicia y Derecho, a. 15* (28).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2017). *Justicia y Derecho, a. 15* (29).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2018). *Justicia y Derecho, a. 16* (30).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2018). *Justicia y Derecho, a. 16* (31).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2019). *Justicia y Derecho, a. 17* (32).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2019). *Justicia y Derecho, a. 17* (33).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2020). *Justicia y Derecho, a.18* (34).

Tribunal Supremo Popular. (Junio 2021). *Justicia y Derecho, a. 19* (35).

Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 2023). *Justicia y Derecho, 20*(36).

Untoria González M. (Junio 2008). Índice temático 2003-2008. *Justicia y Derecho*, *a. 6* (10), 49-52.

ISSN EDICIÓN IMPRESA: **1810-0171**
RNPS: **0504**

JUSTICIA Y DERECHO

revistajd.tsp.gob.cu
revistajd@tsp.gob.cu

TRIBUNAL SUPREMO POPULAR
REPÚBLICA DE CUBA